UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA PROTECTION

DES

FONCTIONNAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges GAUZY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et quai du Verdanson

1913

LA PROTECTION

DES FONCTIONNAIRES

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA PROTECTION

DES

FONCTIONNAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges GAUZY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et quai du Verdanson

1912

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. **Vigié,** Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur honoraire.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Perreau, professeur de Procédure Civile (suppléé).

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, professeur de Droit constitutionnel.

Morin, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil approfondi.

Bridrey, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.

Ricol, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.

Donnedieu de Vabres, agrégé, chargé d'un cours de Procédure civile.

Perrot, agrégé, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.

Moride, chargé de cours complément. d'Économie politique.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. **Barthélemy**, *président.*
Brémond
Moye } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

LA PROTECTION

DES

FONCTIONNAIRES

INTRODUCTION

La situation des fonctionnaires. — L'ancienne conception de la fonction publique.

Il y a vingt ans encore, dans les services publics, la mentalité n'avait pas changé depuis le premier Empire ; les ministres républicains, de quelque parti qu'ils voulussent se réclamer, avaient du fonctionnaire les mêmes conceptions que ceux de Charles X ou de Napoléon : ils en faisaient l'instrument du pouvoir, le serviteur soumis d'une volonté qui s'impose sans réserve et sans contrôle ; les philosophes, les théoriciens de la politique ont pu disserter sur la nature du lien qui unit l'agent à sa fonction et à l'Etat. Il y a vingt ans, ni les parlementaires, ni les fonctionnaires eux-mêmes, ni le public, ne songeaient à mettre en doute la doctrine traditionnelle. De là toutes les survivances que l'on constate.

L'entrée dans la carrière administrative se fait, pour la plupart des agents, au choix du ministre ou de ses délégués. Ce choix est discrétionnaire, dépourvu de toutes règles.

Il est vrai que, dans certains services, les candidats doivent justifier de grades ou de diplômes ; mais cette condition, dont on dispense d'ailleurs les aspirants aux emplois élevés, est assez large pour que, parmi ceux qui la remplissent, le choix puisse encore arbitrairement s'exercer.

D'autres sont soumis à l'épreuve du concours. Mais, pour être admis à la subir, ne faut-il pas encore l'agrément préalable du ministre ?

Investi d'une mission, le fonctionnaire pouvait-il du moins la remplir en conscience ? Pouvait-il attendre la récompense légitime de ses mérites ? Etait-il à l'abri des excès de pouvoir ? Nommé discrétionnairement par le ministre, il restait le plus souvent à la discrétion ministérielle, à tous les instants de sa vie administrative. Responsable de ses fautes devant ses chefs, il pouvait attendre de leur faveur ou de leur complicité l'impunité absolue. La malveillance de l'un d'eux suffisait par contre à entraver toute sa carrière.

Et lorsqu'à certains esprits clairvoyants il parut utile de mettre un frein au caprice, en imposant une législation tutélaire, la volonté gouvernementale s'insurgea et, au nom du principe d'autorité, fit échouer l'entreprise. A dix reprises successives, et quel qu'il fût, le gouvernement prétendit à la nécessité de l'arbitraire pour pou-

voir administrer. Le gouvernement républicain refusait systématiquement d'introduire dans notre pays une réglementation quelconque. Si bien que, pour les cinq sixièmes des fonctionnaires, il n'y avait aucune garantie de carrière. L'organisation de la plupart des grands services publics était fixée par un décret ou par un simple arrêté ministériel. C'est dire qu'un autre décret ou un autre arrêté la pouvait modifier. Le ministre qui passait était libre de bouleverser les situations acquises ; il suffisait que sa volonté s'exprimât sous une forme impersonnelle et générale pour qu'elle s'imposât à des milliers d'agents.

Quant à la discipline, elle était à leur discrétion : ils fixaient les peines ; ils les appliquaient. Ils étaient tout à la fois des législateurs et des juges. Passibles des rigueurs de leurs chefs, que pouvaient tenter les fonctionnaires pour se disculper ? Ils devaient subir un verdict dispensé de toute procédure et rendu sans appel. Le supérieur était-il trompé par des témoignages inexacts, par de faux rapports, des dénonciations intéressées, l'agent subalterne n'avait aucun moyen d'obtenir la réparation de cette erreur.

Dans le fonctionnement du service régnait le même autoritarisme. L'autorité a du moins pour avantage de créer l'unité ; la volonté impériale était comme un foyer vers lequel convergeaient tous les ordres. Sous la centralisation républicaine se dissimulait l'anarchie. Ce n'était plus une même inspiration qui guidait la marche de

tous les services publics vers un but commun ; ils étaient soumis à des directions divergentes. Pas un ministre qui ne se crût le maître de « son » administration. Pas un qui, pour marquer les traces de son passage au pouvoir, n'estimât indispensable de bouleverser l'œuvre de son prédécesseur, — pour revenir parfois aux errements condamnés par celui-ci quelques mois auparavant. Durant les vingt-cinq premières années de la Troisième République, l'Administration dut se plier ainsi aux caprices de trois cents et quelques ministres et s'accommoder de leur instabilité.

Il n'y avait aucune uniformité dans les différents ministères. L'échelle des titres et des grades se compliquait de dénominations qui variaient d'un département ministériel à l'autre.

Le prix du travail différait suivant les administrations, fixé au hasard des circonstances politiques et des possibilités budgétaires, sans règles, sans but. Les directeurs touchaient ici 12.000 francs, là 15.000 francs, 18.000 francs, 20.000 francs ou même 25.000 francs.

Pour se présenter aux concours d'entrée, il fallait justifier tantôt d'un diplôme de licencié, tantôt de celui de simple bachelier. La valeur des parchemins changeait d'un bâtiment à l'autre.

L'avancement avait lieu, ici exclusivement au choix ; là, moitié au choix, moitié à l'ancienneté.

L'échelle des peines disciplinaires comprenait des degrés infiniment variés.

L'instabilité et la diversité se pouvaient cons

tater dans tous les services. Pour des travaux identiques, des rémunérations différentes et des compétences inégales. Les fonctionnaires étaient les premières victimes de cette fantaisie.

On prétendit même les asservir en dehors du service : « A aucun moment de sa vie publique, le fonctionnaire n'est libéré de ses devoirs professionnels et de l'obéissance vis-à-vis de ses supérieurs. » Tel était le principe que proclamait récemment encore une circulaire ministérielle. Certains n'hésitaient pas à imposer cette dépendance à l'agent jusque dans sa vie privée.

Le fonctionnaire ne pouvait exprimer son opinion ni par écrit, ni oralement, dès qu'elle heurtait sur quelque sujet la doctrine officielle. Dès qu'il prenait part aux délibérations d'un groupement professionnel, où se discutaient des améliorations de service, il était réprimandé par ses chefs.

Telle était la situation des agents de l'Etat sous la Troisième République. On ne pouvait la dénommer normale sans quelque dérision.

Ajoutons encore pour être complet que le favoritisme s'étalait au grand jour. La faveur savait d'ailleurs se parer des formes les plus séduisantes. Un ministre avait-il rendu quelques services à la chose publique, qu'il se croyait en droit d'en tirer non seulement vanité pour lui-même mais profit pour ses neveux, les amis de ses amis, pour toute une clientèle dont il était flatté de se constituer le patron. Et, comme la fortune

politique est inconstante, il se hâtait de prélever du premier coup tous les menus bénéfices du pouvoir.

Députés et sénateurs, serviteurs du suffrage universel, traînaient derrière eux le long cortège des électeurs influents. La rançon de la réélection future n'était-elle pas cette distribution d'emplois rémunérateurs ? L'intérêt général du parti, auquel appartenait l'élu n'obligeait-il pas à déplacer un instituteur, à donner de l'avancement au contrôleur ? N'était-ce point en vérité faire de la politique, que de confier les bonnes places à ceux-là seuls qui servaient la bonne cause ?

La fonction publique était ainsi mise à l'enchère. Elle devenait le gage des services à rendre, ou le prix des services rendus, et c'était au moins scrupuleux qu'on ne craignait pas de l'attribuer.

Dans ces conditions, que de fonctionnaires livrés à la rancune d'un homme politique et déplacés, et parfois même révoqués ! Combien d'autres, au contraire, qui profitaient de mesures de faveur ! Dans presque tous les services, la plupart des choix étaient inspirés par des considérations extra-professionnelles.

Comment s'étonner dès lors que, excédés, désemparés, les fonctionnaires malgré leur placidité naturelle, aient peu à peu senti le besoin de secouer leur joug, de faire entendre leurs doléances, et que parfois même, en présenc d'injustices trop criardes, ils se soient laissé aller à des mouvements de révolte?

LIVRE PREMIER

LES DONNÉES JURIDIQUES DE LA QUESTION

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU STATUT EN JURISPRUDENCE

« L'Etat, écrivait le jurisconsulte Iehring, n'a pas de bien plus précieux à préserver et à cultiver dans la nation que le sentiment du droit : ce soin est un des devoirs les plus élevés et les plus importants de la pédagogie politique. Dans la santé, dans l'énergie du sentiment juridique de chaque citoyen, l'Etat possède la source la plus féconde de force pour lui-même, la garantie la plus sûre de sa propre durée à l'intérieur comme à l'extérieur (1) ». On ne saurait trop publier ces paroles admirables, qui devraient être inscrites au mur de toutes les écoles. Aussi faut-il voir une des

(1) Iehring. Le combat pour le droit.

formes non seulement du progrès de l'esprit juridique national, mais du progrès tout court, dans les efforts répétés des fonctionnaires, pour amener la jurisprudence, à défaut de la loi, à établir en faveur des employés et agents des services publics, un minimum de garanties juridiques. Efforts isolés et hasardeux au début, bientôt multipliés et plus assurés, parce que couronnés de succès.

Il n'est pas simple d'organiser le bon recrutement des fonctions publiques. Il faut trouver un tribunal assez haut pour oser s'attaquer au chef de la hiérarchie administrative. Il faudra une lutte de tous les instants, écarter les chicanes de textes. Le tribunal qui entreprendra une œuvre pareille, devra avoir un prestige et une force morale considérables. Ce tribunal est le Conseil d'Etat ; et à cet égard, on ne peut faire un trop vif éloge de l'esprit à la fois si libéral et si juridique de cette haute juridiction. C'est qu'en effet, les aspérités légales, si l'on peut s'exprimer ainsi, auxquelles il a été obligé d'accrocher sa jurisprudence, étaient bien étroites, bien exiguës; et il a fallu à cette haute juridiction, en même temps, beaucoup d'intelligence et d'esprit d'adaptation, pour parvenir à un résultat, comme on va le voir, des plus appréciables.

Voyons donc comment le Conseil d'Etat a su maintenir le gouvernement à la stricte observation des règles légalement prescrites et comment, par sa jurisprudence bienveillante, il a su créer

des garanties aux fonctionnaires auxquels les textes n'en accordaient aucune.

C'est par le moyen du recours pour excès de pouvoir que ce résultat a pu être atteint. Le Conseil d'Etat pour défendre les fonctionnaires n'a eu qu'à étendre au recrutement de la fonction publique cette théorie du recours pour excès de pouvoir. Il n'a pas eu à imaginer un système particulier ; il n'a eu qu'à étendre à cette matière le système général des actes de puissance publique.

Mais avant d'entrer dans cette étude du recours pour excès de pouvoir et de montrer son importance dans la matière des droits des fonctionnaires, il convient de consacrer un chapître particulier à l'étude d'une catégorie privilégiée de fonctionnaires, nous voulons parler des fonctionnaires qui ont un statut en France.

CHAPITRE II

LES FONCTIONNAIRES QUI ONT UN STATUT EN FRANCE

Nous étudierons particulièrement la situation de quatre principaux groupes de fonctionnaires jouissant aujourd'hui d'un statut légal.

I. — Les Magistrats

Ils apparaissent à juste raison comme faisant partie des fonctionnaires doués des garanties les plus sérieuses. On va voir cependant de quelles lacunes est troué leur statut.

A. *Inamovibilité*

La prérogative la plus sérieuse des magistrats est l'inamovibilité. Elle comporte un certain droit de propriété sur la situation qu'ils ont acquise, en ce sens qu'ils n'en peuvent être privés que dans certaines conditions et avec certaines garanties rigoureusement déterminées.

Mais avant même d'analyser ces règles protectrices, il convient d'indiquer les nombreuses exceptions qui y sont faites.

D'abord, les membres des tribunaux administratifs, Conseil d'Etat, Conseils de Préfecture, Conseil supérieur de l'instruction publique, Conseils académiques, Conseils de l'Université, Conseil départemental de l'instruction primaire, Conseils contentieux des colonies, etc., ne jouissent pas de l'inamovibilité.

Pourquoi cette exception ? Quelques auteurs essayent de justifier cette différence avec les magistrats de l'ordre judiciaire en disant que l'inamovibilité rendrait les juridictions précitées trop indépendantes, ce qui compromettrait la liberté de l'Administration et gênerait son action. Mais, si une pareille argumentation signifie quelque chose, ce ne peut être, sous une forme voilée, que la volonté de l'administration, quand elle se trouve en cause, de mettre des bornes à la reddition de la justice, en conservant un pouvoir de contrainte arbitraire sur les juges qui la rendent. Il semble bien que l'on doive écarter un pareil raisonnement dans l'intérêt même de l'Administration et de la Justice, et le temps n'est pas sans doute bien éloigné, où l'on n'osera plus le formuler.

Certes la nécessité de la spécialisation professionnelle a montré depuis longtemps la grande utilité des juridictions administratives. Mais il ne faut pas oublier que l'une des grosses objections

faites par les partisans de leur suppression, était justement la précarité de la situation des juges administratifs, précarité paraissant exclusive d'une garantie sérieuse d'indépendance. Sans doute, l'indépendance de jugement de grands corps juridictionnels comme le Conseil d'Etat est hors de doute. Mais tout d'abord nous verrons que le Conseil d'Etat, s'il n'a pas l'inamovibilité pour ses membres, possède du moins certaines garanties pour eux, garanties qui n'appartiennent pas à d'autres juridictions plus modestes. Puis, la grandeur des fonctions que remplit un conseiller d'Etat, et le scandale impossible à cacher que causerait sa révocation sans motifs légitimes, donnent forcément à ce haut magistrat une grande sécurité morale. En serait-il de même pour des juges de juridictions inférieures ? Nous ne le pensons pas.

Parmi les tribunaux administratifs, signalons-en un cependant : la Cour des Comptes, qui jouit de l'inamovibilité (loi du 16 septembre 1807). Il existe également pour elle certaines règles d'avancement : par exemple, les auditeurs de première classe ont droit à la moitié des places vacantes dans l'ordre des conseillers référendaires de deuxième classe (décret du 25 décembre 1869).

Une disposition semblable existe pour le Conseil d'Etat, mais en ce qui concerne seulement l'avancement : un tiers au moins des places de maître des requêtes est réservé aux auditeurs de première classe. D'autre part, certaines garanties

existent pour les membres de cette haute juridiction en matière de nominations et de révocations. Les Conseillers d'Etat en service ordinaire ne peuvent être nommés et révoqués que par décret rendu en Conseil des ministres. Les maîtres de requêtes sont nommés et révoqués par décrets individuels pris, dans le premier cas après avis du vice-président et du président de section, dans le second cas après avis du président. Les auditeurs de première et de deuxième classe jouissent aussi de garanties analogues (lois du 24 mai 1872 et du 25 février 1875).

Cette série d'exceptions à la règle de l'inamovibilité n'est pas complète. En effet, si nous envisageons maintenant cette règle en ce qui concerne les magistrats de l'ordre judiciaire, nous voyons que le bénéfice de celle-ci est encore refusé : d'abord, aux juges de paix ; ensuite aux membres des Cours d'Appel et tribunaux coloniaux, parmi lesquels il faut comprendre ceux des juridictions algériennes depuis qu'un arrêt du Conseil d'Etat (Lebon 23 juin 1893) et un avis des Chambres réunies de la Cour de Cassation (3 avril 1885) ont tranché ce point discuté. Enfin dans la catégorie des magistrats à qui l'inamovibilité est refusée, il y a lieu de ranger encore les magistrats du Parquet.

Les raisons données pour ne pas accorder à ces divers fonctionnaires cette garantie, ne nous paraissent pas sérieusement justifiées. En ce qui concerne les juges de paix, on a dit que les condi-

tions de capacité professionnelle exigées d'eux étant à peu près nulles, il convenait de laisser au pouvoir exécutif la faculté de réparer les erreurs qu'il pouvait commettre dans ses nominations, en lui donnant un droit absolu de révocation. Remarquons que ce raisonnement a cessé aujourd'hui d'avoir une base exacte depuis la loi du 12 juillet 1905 qui prévoit au contraire (articles 19 et 20), certaines conditions de capacité professionnelle (1) nécessaires pour être nommé juge de paix. Mais à prendre le raisonnement même dans sa teneur, on ne peut s'empêcher de trouver étrange une argumentation qui consiste à justifier l'absence de garanties en matière de révocation par l'absence de garanties en matière de nomination. Signalons toutefois, au premier point de vue, que la loi de 1905 a fait quelque chose pour les juges de paix (art. 21). Elle fixe que leur révocation ou leur diminution de classes ne sera possible que « sur l'avis d'une Commission nommée par le Garde des Sceaux et composée du procureur gé-

---

(1) A la date du 7 juin 1910, le Conseil des ministres communiquait à la presse : « M. Barthou, garde des Sceaux, a fait approuver par le Conseil un projet de loi ayant pour objet de déterminer par un règlement d'administration publique, conformément à la procédure qui fut suivie pour les magistrats de Cours et Tribunaux, des garanties de capacité professionnelle à exiger des candidats aux justices de paix et de réorganiser pour ces magistrats un tableau d'avancement. » Les candidats devraient donc, d'après ce projet, passer un examen.

néral de la Cour de Cassation, de trois conseillers à cette même Cour et des trois directeurs au ministère de la Justice. » Le juge de paix déféré à cette Commission, pourra être entendu s'il le demande. Observons que « le déplacement d'office » n'est pas prévu par cette disposition légale et pourra par suite être prononcé par le ministre sans aucun contrôle comme par le passé.

Pour ce qui concerne la magistrature coloniale, le refus du bénéfice de l'inamovibilité a été expliqué par la prétendue nécessité d'armer l'autorité centrale d'un pouvoir presque absolu dans l'intérêt supérieur de la sûreté publique. Si la raison invoquée est valable à la rigueur dans les territoires qui viennent à peine d'être pacifiés, elle n'est pas justifiée pour les colonies dont l'occupation est aussi ancienne qu'en Algérie par exemple. C'est commettre une étrange erreur au surplus que de croire que pouvoir arbitraire est synonyme de pouvoir fort. Il ne s'agit pas d'ailleurs de désarmer le pouvoir central, mais de soumettre son action à des règles comportant un contrôle.

Les magistrats du Parquet ne possèdent pas non plus l'inamovibilité. Est-ce mieux justifié ? Le problème paraît à leur égard plus délicat. On dit communément qu'ils sont des agents directs du pouvoir exécutif dont ils sont les délégués dans l'ordre judiciaire et que, comme tels, ils doivent être révocables *ad nutum* par le gouvernement. Mais en admettant même que les magistrats du

Parquet soient bien, par rapport au pouvoir exécutif, dans la situation indiquée, il n'en résulte nullement qu'ils ne doivent avoir aucune garantie vis-à-vis des caprices possibles et des exigences d'un gouvernement. L'exercice de l'action publique, le droit de poursuivre, requérir et conclure au nom de la Société, et d'une façon générale tout ce qui constitue les fonctions des membres du ministère public, n'apparaissent nullement comme exigeant en contrepartie l'existence chez le gouvernement d'un pouvoir arbitraire sur ces magistrats. Il suffit d'établir des règles déterminant les obligations de ceux-ci ; mais, ces premières règles fixées, rien n'empêche d'en établir aussi d'autres pour accorder des garanties aux magistrats du Parquet contre l'arbitraire et marquer les conditions dans lesquelles, en cas de manquements, il sera porté atteinte à leur situation.

L'examen précédent vient de nous montrer à quel point la règle d'inamovibilité est submergée par les exceptions. Il convient d'analyser maintenant les avantages que la règle comporte pour ceux qui peuvent en bénéficier.

Ces avantages se réduisent à deux: 1° droit de n'être révoqué ou mis à la retraite d'office que suivant une procédure déterminée et par le jugement de conseils spéciaux ; 2° droit à une résidence fixe.

Nous n'étudierons pas les diverses phases historiques par lesquelles a passé successivement le premier droit dont nous venons de parler. La

situation est aujourd'hui réglée par la loi du 30 août 1883 : « La Cour de Cassation, dit l'art. 13, constitue le Conseil supérieur de la magistrature » ; elle ne peut statuer en cette qualité que toutes chambres réunies. Aucune suspension, aucune déchéance, aucun déplacement (art. 15) ne peut être prononcé sans avis conforme (véritable jugement) de ce Conseil supérieur de la magistrature. Ce pouvoir disciplinaire s'étend donc sur les propres membres de la Cour de Cassation et sur les magistrats faisant partie des Cours d'Appel et des tribunaux inférieurs. Le magistrat inculpé, dûment appelé, pourra présenter lui-même ses observations ou se faire assister d'un conseil. Dans le cas où, hors ces règles, le gouvernement révoquerait ou déplacerait un magistrat inamovible, celui-ci aurait un recours devant le Conseil d'Etat au contentieux (recours pour excès de pouvoir). (1) »

B. *Recrutement et avancement.*

L'inamovibilité consacre des garanties très sérieuses en ce qui concerne la sauvegarde de la situation acquise. Restent à examiner les mesures protectrices qui pourraient être accordées au corps des magistrats, en ce qui regarde leur recru-

---

(1) Conseil d'Etat, 7 mai 1832, Saleta D. 52-3-26 ; Conseil d'Etat, 23 juin 1893 ; Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, 1893, p. 505.

tement et leur avancement. A ce point de vue, l'état du magistrat est bien simple : durant tout le XIX^e^ siècle et un peu au-delà, jusqu'au décret du 8 août 1906, les garanties ont été purement et simplement inexistantes.

Il appartenait au pouvoir exécutif, s'il lui convenait, de nommer du jour au lendemain un avocat, fut-il stagiaire, aux plus hautes fonctions de la magistrature. Il lui aurait appartenu également, s'il lui avait plu, de nommer un juge du tribunal de première instance dans une petite ville, membre ou même président de la Cour de Cassation, en lui faisant sauter d'un coup tous les échelons intermédiaires. Il lui appartenait enfin, à l'opposé, de laisser végéter indéfiniment des magistrats dans le même poste, fut-il le plus inférieur. Aujourd'hui, et en fin de compte, la situation ne paraît pas sensiblement avoir changé sur les points essentiels, car sur ceux même où elle a été modifiée, elle reste encore éminemment instable et précaire, à la merci d'un arrêté ou d'un décret détruisant le lendemain l'œuvre de la veille.

Le décret du 18 août 1906 comprend deux titres : le premier, relatif au recrutement, édicte dans son article premier que dorénavant nul ne peut être nommé en France, en Algérie ou en Tunisie (première restriction en ce qui concerne les magistrats des autres colonies), aux fonctions judiciaires, s'il n'a pas subi un concours pour l'admission aux fonctions de juge suppléant. Ce concours donne droit à la nomination à un poste

judiciaire ou dans l'administration centrale du département de la Justice (art. 13).

Voilà le principe, il nous semble excellent. Rien de mieux qu'un concours à l'entrée de la carrière judiciaire. Ainsi, semble-t-il, la faveur ne pourra plus trouver place dans les décisions individuelles du pouvoir exécutif, rendues pour assurer le recrutement des magistrats. — Mais ce principe posé, le décret s'empresse d'y apporter des exceptions. Tout d'abord (art. 15), il est décidé que : seront dispensés du concours un certain nombre de fonctionnaires de l'administration centrale de la Justice, les membres du Conseil d'Etat, les professeurs de droit, les membres des Conseils de préfecture, les magistrats coloniaux (hors ceux de Tunisie et d'Algérie), les anciens magistrats, les avocats ayant dix ans de barreau dans certaines conditions, etc. Ces premières exceptions, assez restreintes d'ailleurs, paraissent bien justifiées. Il s'agit, en effet de personnes déjà mises partiellement au moins au courant par leurs fonctions antérieures, des fonctions nouvelles qu'elles auront à remplir. Mais voici venir d'autres exceptions : elles résultent de la disposition suivante aussi obscure que générale et qui détruit à elle seule toute la sécurité apportée par le principe posé en tête du décret : article 13 *in fine :* « Dans des conditions exceptionnelles et après avis de la Commission de classement ci-après créée, le ministre de la Justice peut rayer du tableau (sur lequel sont inscrits les candidats qui ont réussi au

concours et par conséquent doivent être nommés) un candidat admis par le jury. » Ainsi chassé d'un côté, l'arbitraire reparaît d'un autre.

Le titre deuxième du décret fixe certaines règles d'avancement. Art. 15 : « Aucun magistrat des cours et tribunaux ne peut être promu, soit à une classe plus élevée, soit à un poste comportant une augmentation de traitement, sans avoir été préalablement inscrit au tableau d'avancement. » Ce tableau est dressé chaque année par une Commission de classement composée du premier président de la Cour de Cassation, de plusieurs autres magistrats de cette Cour et des directeurs du ministère de la Justice. Les premiers présidents de Cours d'Appel et les procureurs généraux font auparavant leurs propositions à la Commission après avoir pris l'avis des présidents de Tribunaux et procureurs de la République de leur ressort (art. 16 et 17).

Voilà encore un principe excellent. Mais tout d'abord il ne s'applique pas à un certain nombre de hauts magistrats (art. 22). Ensuite le ministre n'est pas tenu d'avoir égard au rang d'inscription (art. 19). Enfin le nombre des magistrats inscrits au tableau d'avancement ne peut dépasser le quart des places.

Tel qu'il était avec ses lacunes et ses imperfections, ce décret présentait cependant un certain nombre d'indéniables garanties. Le décret du 10 novembre 1906 y apporte quelques modifications. Mais voici venir ensuite le décret du 13 fé-

vrier 1908, portant règlement d'administration publique sur le recrutement et l'avancement des magistrats. Avec lui, le concours qui donnait droit, sauf certaines exceptions, à la nomination à un poste devient un simple examen (art. premier) donnant des possibilités de nomination. Le ministre n'est nullement obligé de procéder à la nomination des candidats qui ont subi avec succès les épreuves de l'examen. C'est la porte de nouveau toute grande ouverte à la faveur, et c'est (à part la nécessité d'un examen professionnel) le retour pur et simple à la situation antérieure. Combien de candidats, dépourvus de toute influence, oseront se risquer avec aussi peu de garanties (1). De fait, on a pu constater fréquemment que le nombre des candidats à cet examen était inférieur à celui des places.

---

(1) L'avancement est tellement incertain et la carrière est rendue de ce fait si peu tentante que même du temps du concours les candidats manquaient. Demartial, dans sa brochure : *Les Traitements des Fonctionnaires*, 1918, s'exprime ainsi (p. 17) : « Le bouquet, c'est ce qui vient de se passer pour la magistrature. On sait qu'un décret du 18 août 1906 avait prescrit que la magistrature se recruterait désormais par la mise au concours d'un certain nombre de places de juges suppléants. Actuellement, sur dix-huit cents emplois de juges suppléants, la moitié à peine est occupée. On en mit cent au concours, vingt-sept candidats se sont fait inscrire. Plus de la moitié étaient de fantaisie. » S'il en était ainsi quand fonctionnait le concours, que doit-ce être aujourd'hui que le concours est remplacé par un simple examen ne donnant aucun droit certain ?

Ce n'est pas tout. Le décret du 13 février 1908 remanie également, d'une façon considérable, celui du 18 août 1906 en ce qui concerne les règles d'avancement. Le tableau d'avancement n'est plus dressé par la Commission de classement, mais par le ministre sur la proposition de la Commission (art. 24). Cela veut dire que le classement, qui avait lieu, en vertu du décret de 1906, par les soins d'une Commission où les magistrats avaient de nombreux représentants, est fait maintenant suivant les convenances du ministre, qui doit sans doute prendre l'avis de la Commission, mais n'est pas lié par cet avis, même pour la seule confection du tableau.

Tel est, dans ses grandes lignes, le statut du magistrat qui passe, avec juste raison d'ailleurs, pour être actuellement l'un des plus complets. On voit cependant combien il comporte de lacunes et d'imperfections, surtout dans la partie relative à l'avancement et au recrutement.

Passons maintenant à l'étude de quelques autres statuts.

II. — Les Professeurs

Il y a lieu de faire immédiatement une distinction entre les trois ordres de fonctionnaires que comporte l'enseignement en France : les membres de l'enseignement supérieur et secondaire jouissent seuls de garanties sérieuses. Ceux de l'ensei-

gnement primaire n'ont à proprement parler véritablement pas d'état. Même pour les membres de l'enseignement supérieur, il y a lieu de faire des distinctions. Le statut complet n'a été établi qu'au profit des professeurs titulaires. Il semble cependant que sa protection doive s'étendre aux professeurs adjoints. L'art. 40 du décret du 28 décembre 1885 qui règle la matière, sauf les modifications apportées par le décret du 31 juillet 1894 dit en effet : « Les professeurs adjoints sont assimilés, sauf pour les traitements et la présentation aux chaires vacantes, aux professeurs titulaires. » En tout cas, les simples agrégés ne sauraient prétendre à cette assimilation. Un projet de loi du 6 février 1897 proposait d'étendre aux agrégés le bénéfice des garanties des professeurs titulaires, mais il n'a pas abouti.

Pour l'enseignement secondaire dans les lycées, on trouve des distinctions analogues. Il y a des professeurs titulaires, des chargés de cours et des professeurs des classes élémentaires. Les professeurs titulaires ont seuls des garanties contre les révocations et les déplacements arbitraires. Dans les lycées, à côté du corps des professeurs enseignants, il y a aussi des maîtres répétiteurs. La mutation pour un emploi inférieur et la révocation sont prononcées contre ceux-ci par le ministre, sur la seule proposition du recteur. (Décret du 8 janvier 1887, art. 25).

A. *Inamovibilité*

C'est, ainsi que nous l'avons dit pour les magistrats : 1° le droit de n'être révoqué ou mis à la retraite que dans des conditions déterminées et par le jugement de Conseils spéciaux ; 2° le droit de n'être pas déplacé arbitrairement.

Voyons d'abord la situation en ce qui concerne les membres de l'enseignement supérieur. Depuis la loi du 10 juillet 1896, c'est le Conseil de l'Université qui statue sur la révocation des professeurs. Il se compose du recteur de l'Académie, des doyens des Facultés, du directeur de l'Ecole supérieure de pharmacie, de deux délégués de chaque Faculté, élus pour trois ans par l'Assemblée de la Faculté parmi les professeurs titulaires, d'un délégué de l'Ecole supérieure de pharmacie. L'appel est possible devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique composé de fonctionnaires de l'enseignement délégués par décret pour partie, et pour autre partie élus par leurs collègues. La décision de ce Conseil doit réunir les deux tiers des suffrages (Loi du 27 février 1880, art. 7). Le déplacement d'office pour emploi inférieur n'a lieu que sur avis conforme du Conseil supérieur de l'Instruction publique, et la mutation d'office pour emploi équivalent, que sur avis conforme de la section permanente du Conseil précité (Loi du 27 février 1880, art. 14 ; décret du 28 décembre 1885, art. 34).

La mise à la retraite d'office ne peut être non plus prononcée sans garanties. Les professeurs titulaires, dit le décret du 4 novembre 1882, art. 4, ne pourront être admis à la retraite que sur leur demande ou en cas d'impossibilité constatée de remplir leurs fonctions. Le ministre doit, dans ce dernier cas, prendre l'avis de la section permanente du Conseil supérieur de l'Instruction Publique.

Pour la suspension d'un professeur sans privation de traitement, le ministre peut la prononcer seul, si elle n'excède pas un an. Au delà, les garanties reprennent (Loi du 27 février 1880, art. 15).

Dans l'enseignement secondaire, on trouve des garanties analogues, mais moins fortes. — La révocation ne peut résulter que d'une décision conforme du Conseil académique (décision susceptible d'appel devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique). Pour la mise à la retraite, le décret du 4 novembre 1882 s'applique aussi. La mutation pour emploi inférieur n'a lieu que sur l'avis de la section permanente du Conseil supérieur. La mutation pour emploi équivalent n'est, par contre, entourée d'aucune garantie.

Le statut des membres de l'enseignement primaire est quelque chose d'amorphe. Les instituteurs même titulaires sont révocables, après avis du Conseil départemental consulté, mais cet avis ne lie pas le préfet. L'appel est possible, mais devant le ministre. Il n'y a là, on le voit, aucune protection efficace. La décision prise par le Con-

seil départemental en matière d'interdiction d'enseigner, à temps ou absolue, pour cause d'inconduite ou d'immoralité, a seule le caractère d'un véritable jugement. Le changement de résidence pour cause de nécessité de service est prononcé par le préfet sur la proposition de l'inspecteur d'Académie. Là encore aucune garantie sérieuse.

B. *Avancement*

Très sérieusement réglé par la combinaison des deux principes de l'ancienneté et du choix, l'avancement repose, pour les membres de l'enseignement supérieur, sur la double base d'un tableau dressé annuellement par ordre d'ancienneté et d'une liste de présentation pour promotions au choix, confectionnée par les Commissions du Comité consultatif de l'enseignement supérieur. L'avancement à l'ancienneté, dans la proportion de moitié des places, est un droit pour les professeurs. La violation de ce droit pourrait être, à notre avis, utilement sanctionnée par un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (décret du 12 février 1881, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7).

Pour l'enseignement secondaire, les règles suivies pour les promotions sont indiquées dans le décret du 16 juillet 1887 (art. 4 et suivants). Elles sont établies, pour l'Enseignement primaire principalement, par la loi du 19 juillet 1889, art. 24, mais sont à l'état quasi embryonnaire.

Ces règles pourraient, en cas de violation, motiver un recours devant le Conseil d'Etat (1).

On peut le voir, le statut pour les membres de l'Enseignement supérieur et même secondaire est assez complet et protecteur. Il n'en est malheureusement pas de même pour les membres de l'Enseignement primaire, dont la situation reste fort précaire.

III. — Officiers

L'état des officiers repose d'abord sur une distinction essentielle entre le grade et l'emploi. Le grade est la propriété de l'officier, l'emploi reste à la disposition du gouvernement.

A. *Grade*

Il s'agit ici d'une propriété *sui generis*. Le grade, en effet, n'est pas un objet de commerce : il est strictement personnel. L'officier ne peut être privé de son grade que pour des causes rigoureusement délimitées et qui toutes (sauf le cas de démission volontaire acceptée) supposent un véritable jugement. Le Conseil d'Etat (20 mai 1887 — prince Murat, duc d'Aumale, — Recueil des arrêts du Conseil d'Etat p. 407) admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir en cas de violation des règles légales.

---

(1) Conseil d'Etat, 17 novembre 1851, D. 52-3 20.

Le grade est constitué: *a*) par des privilèges honorifiques (droit de faire suivre son nom de l'indication du grade); *b*) par des droits à l'avancement ; *c*) par des droits à un certain traitement.

L'avancement repose sur une combinaison des deux principes du choix et de l'ancienneté, la part du choix augmentant pour les promotions à un grade supérieur. Dans cette mesure, l'avancement à l'ancienneté est un droit pour les officiers (loi du 14 avril 1832, art. 12, 13 et 14). Un tableau d'avancement à l'ancienneté est publié au surplus chaque année par l'annuaire militaire. Quant à l'avancement au choix, il comporte également certaines garanties. Les nominations au choix sont faites par le ministre d'après les tableaux dressés tous les ans par des Commissions spéciales composées d'officiers. (Voir notamment décret du 22 mars 1898). De plus, l'avancement au choix suppose un minimum de stage dans le grade inférieur.

Le grade comporte enfin le droit à un traitement déterminé et à une pension de retraite après un certain âge.

B. *L'emploi*

Au point de vue de l'emploi, « les positions de l'officier, porte l'article 2 de la loi du 19 mai 1834, sont: l'activité et la disponibilité, la non activité, la réforme, la retraite. L'activité est la position de l'officier, appartenant à l'un des cadres constitutifs de l'armée, pourvu d'emploi, et de

l'officier hors cadre, employé temporairement à un service spécial ou en mission. La disponibilité est la position spéciale de l'officier général ou d'Etat-Major, appartenant au cadre constitutif, et momentanément sans emploi ».

L'activité est donc la situation normale et la plus commune pour l'officier. La disponibilité ne peut s'appliquer qu'aux officiers généraux et d'Etat-Major. Pour la généralité des officiers (nous venons d'indiquer l'exception), il n'y a donc pas de position intermédiaire entre l'activité et la non-activité. Cette dernière est la situation de l'officier qui est placé hors cadre et sans emploi. Elle ne peut être motivée que par des causes déterminées par la loi (Loi du 13 mars 1875, art. 5). Les attributs du grade, à part certaines réductions de traitement, restent intacts, sauf dans les cas de mise en non-activité pour infirmité, retrait ou suspension d'emploi. Dans ces derniers cas, le temps resté dans la position de non-activité ne compte pas pour l'avancement. Le président de la République est l'autorité qui prononce dans ces deux hypothèses la mise en non-activité. Cette position diffère de la réforme en ce que cette dernière exclut les possibilités du rappel à l'activité ou de la mise à la retraite possible pour la première. La réforme comporte uniquement la conservation du titre honorifique et le droit à une solde. Les causes de mise en réforme sont strictement énumérées par la loi. Quand ces causes supposent des manquements professionnels, la réforme ne peut être

prononcée que conformément à l'avis d'un Conseil d'enquête (V. décret du 29 juin 1878 pour la composition des Conseils d'enquête).

La retraite n'a pas besoin d'être définie. Elle a lieu d'office après consultation d'un certain nombre de chefs de grade élevé (1).

Les officiers de réserve jouissent d'une partie des garanties sus-indiquées, mais avec de notables atténuations.

IV. — Ingénieurs des Ponts et Chaussées et des Mines

Il existe pour eux, comme pour les officiers, une distinction entre le grade (élève-ingénieur, ingénieur ordinaire, ingénieur en chef, inspecteur général) et l'emploi (2). La nomination au grade a lieu par décret du Président de la République, les avancements de classes ont lieu par décision ministérielle. En ce qui concerne l'emploi, il y a aussi diverses positions : activité, disponibilité, congé illimité, retrait d'emploi.

La disponibilité (causes : maladie, infirmité temporaire pendant plus de trois mois, défaut

---

(1) En ce qui concerne le recrutement des officiers, on sait qu'il a lieu par concours, comme d'ailleurs celui des professeurs et des ingénieurs des Ponts et Chaussées.

(2) Voici quelques textes légaux : *a*) Décret du 21 octobre 1876 ; *b*) Décret du 2 janvier 1878 ; *c*) Décret du 19 juillet 1897. Voir aussi le décret de 1851 dont il est parlé *supra*.

d'emploi) est prononcée d'office par le ministre. Elle donne droit à la moitié du traitement dans les deux premiers cas, aux deux tiers dans le second.

Le congé illimité est accordé aux ingénieurs qui désirent quitter temporairement le service de l'Etat pour entrer, en France, dans des Compagnies chargées de services publics pour l'Etat, les départements et les communes ; ou à l'étranger, dans des Compagnies du même genre. L'ingénieur dans cette position ne reçoit aucun traitement, mais conserve pendant cinq ans, à certaines conditions, son droit à l'avancement. Au-delà de cette durée, le temps passé ne comptera plus pour son avancement, ni sa retraite, mais les avantages antérieurement acquis subsisteront.

Le retrait d'emploi, mesure disciplinaire, est prononcé par le ministre. En principe, le traitement est supprimé, et dans tous les cas réduit. Les droits à l'avancement sont suspendus, mais les droits à la retraite sont conservés.

La révocation, prononcée par le Président de la République sur la proposition du ministre, doit avoir été précédée de l'avis conforme du Conseil général des Ponts et Chaussées ou des Mines, suivant les cas (décret du 13 octobre 1851, art. 25 et décret du 24 décembre 1851). Ces Conseils sont composés d'inspecteurs et d'ingénieurs et constituent une protection sérieuse.

Les statuts que nous venons d'étudier ne sont

pas les seuls (1). Nous les avons cependant retenus de préférence, parce qu'ils sont actuellement, dans le domaine légal ou réglementaire, les plus complets et surtout les plus stables, pour une partie importante tout au moins de leurs éléments. Hors ces exemples, on ne trouve, et encore pour des catégories restreintes de fonctionnaires (principalement ceux de quelques administrations centrales (2), que quelques arrêtés ou décrets incomplets et variables pour fixer le statut dans toutes les branches des services de l'Etat. Ce peu même est l'exception, la règle est l'inexistence complète de garanties (3).

---

(1) Et l'on s'occupe, mais par voie de décrets ou d'arrêtés ministériels et avec toutes les instabilités que comporte ce procédé, d'en créer d'autres. M. Millerand, à la date du 23 avril 1910, a établi un projet de statut pour le personnel ouvrier des ateliers du réseau des chemins de fer de l'Etat. Ce projet nous semble assez complet et très intelligemment étudié.

(2) Voici quelques textes : Minist. Agriculture, Décret : 21 oct. 1898 (*Journal Officiel*, 22 oct 1896) ; Minist. des Colonies. Décret : 23 mai 1896 (*Journal Officiel*, 24 mai 1896) ; Minist. Commerce et Industrie, Décret : 1er août 1899 (*Journal Officiel*, 8 août 1899) ; Minist. des Finances, Décret : 1er décembre 1899 (*Journal Officiel*, 1er décembre 1899) ; Minist. de la Guerre, Décret : 29 juillet 1899 (*Journal Officiel*, 1er août 1899) ; Minist. de l'Intérieur, Décret ; 15 juillet 1897 (*Journal Officiel*, 21 juillet 1897) ; Admin. des Postes et Télégraphes, Décret : 29 mai 1899 (*Journal Officiel*, 30 octobre 1899), etc.

(3) Les administrations financières, l'administration forestière, les agents extérieurs des affaires étrangères possèdent un statut embryonnaire, principalement relatif

Le nombre des fonctionnaires privilégiés qui ont un statut plus ou moins étendu est donc extrêmement rare. Ils constituent, à ce point de vue dans la nation une aristocratie dont les privilèges ne se justifient en aucune façon. Sans doute, on a essayé de montrer la légitimité de leur situation privilégiée, en faisant ressortir qu'ils représentaient des corps particulièrement utiles pour l'organisation, le bon fonctionnement, la vie même

---

aux garanties en matière disciplinaire. Ces garanties se réduisent en général à ceci : le ministre avant de prendre une mesure disciplinaire doit consulter un Conseil de hauts fonctionnaires, presque toujours désignés par lui, et dont l'avis ne le lie en aucune façon. V. entre autres textes intéressants :

Contributions indirectes : Décret du 17 janvier 1853, arrêté du 24 juin 1853.

Contributions indirectes : Ordonnance du 3 janv. 1821 (Galisset, *Corps du Droit français*, vol de 1814 à 1824, p. 2293) ; Ordonnance du 17 décembre 1844.

Douanes : Ordonnance du 30 janvier 1822 (Galisset, *Corps du Droit français*, vol. 1814 à 1822, p. 2404).

Enregistrement et Domaines : Loi du 27 mai 1791 ; Ordonnance du 3 janvier 1821 (Galisset, *Corps du Droit français*, vol. de 1814 à 1824, p. 2293); Décret du 1er décembre 1899.

Pour les administrations financières, et :

Ordonnance du 1er août 1827, titre III ; Décret du 15 décembre 1877.

Pour l'administration forestière, et :

Décret du 20 avril 1880 (*Journal Officiel*, 22 avril 1880) ; Décret du 24 avril 1880 (*Journal Officiel* du 25 avril 1880) ; Décret du 8 février 1882 (*Journal Officiel* du 10 févr. 1882.

Pour les agents extérieurs des affaires étrangères. Tout cela est élastique et insuffisant.

du groupe national, mais qui ne voit combien des critères de ce genre sont subjectifs et peu scientifiques. M. Vautroys (1) écrivait en 1899 à propos des officiers : « C'est bien par mesure de compensation que les officiers ont été pourvus de garanties sérieuses contre l'action du gouvernement. L'officier gagne son grade en risquant sa vie sur les champs de bataille, en la consacrant au labeur ingrat de l'instruction des recrues, il renonce aux carrières lucratives pour se vouer entièrement à l'œuvre de la défense nationale. Spontanément, il s'oblige à accomplir pendant toute sa vie un service que les autres ne font que par contrainte et durant quelques années seulement, etc. ». Ces considérations ne sont pas suffisantes pour justifier un privilège au profit des officiers et en y réfléchissant un peu, on se rend facilement compte que ce raisonnement peut être renouvelé pour toute autre catégorie de fonctionnaires.

Il faut laisser ce genre d'arguments. La raison du statut, c'est le droit qu'ont les fonctionnaires d'avoir une situation stable qui ne puisse s'effondrer d'un jour à l'autre par le caprice d'un chef hiérarchique. La raison du statut, c'est aussi l'intérêt général qui veut que les divers services publics soient gérés convenablement. Pour obtenir ce résultat, il faut des fonctionnaires de carrière,

---

(1) Vautroys, Etude sur l'état des fonctionnaires, p. 68

encouragés à bien administrer par l'existence de garanties pour leur situation et par l'appât d'un avancement régulier, assuré par des règles stables et certaines. Le statut n'est donc pas une « compensation » offerte à certaines catégories de fonctionnaires qui seraient d'une plus grande utilité dans le fonctionnement de l'organisme social (en admettant même — et c'est la première difficulté — que puisse être établie une pareille échelle d'utilité fixant les valeurs respectives des diverses catégories de fonctionnaires). En tant que privilège, le statut ne se justifie pas. Si des différences doivent être marquées entre l'ingénieur en chef, le chef de bureau, le commis aux écritures, c'est par l'inégalité des traitements et de quelques autres avantages qu'elles doivent se manifester et non par la sécurité accordée à celle des uns et refusée à celle des autres. C'est pourquoi, il faut, et nous reviendrons plus tard sur cette idée, non pas supprimer le statut des fonctionnaires privilégiés, mais accorder le statut à tous les fonctionnaires.

LIVRE II

LES GARANTIES D'ORDRE JURISPRUDENTIEL

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERSES VOIES DE RECOURS OUVERTES AU FONCTIONNAIRE QUI A A SE PLAINDRE D'UNE MESURE ILLÉGALE PRISE CONTRE LUI.

Maintenant que nous avons montré les garanties que donne le statut aux fonctionnaires qui en ont un, il nous reste à montrer comment le Conseil d'Etat par sa jurisprudence a su en accorder aux fonctionnaires qui n'en avaient pas. L'évolution de cette jurisprudence a été très longue. Ce n'est pas du premier coup que le Conseil d'Etat a accueilli les requêtes des fonctionnaires. Ce n'est que peu à peu qu'il a osé soumettre à sa censure les actes de l'Administration et réprimer les abus qu'il y découvrait. La marche qu'il a suivie, pour lente qu'elle fût, n'en a été d'ailleurs que plus sûre.

Comment une telle évolution a-t-elle pu se produire ? Dans le jugement des conflits d'ordre privé, limitées sont les variations des tribunaux ; il peut y avoir des divergences dans l'interprétation des textes, des hésitations dans l'appréciation des faits ; mais l'arbitraire du juge est enfermé dans un cercle étroit, hors duquel il ne peut se mouvoir. Le droit public, au contraire, qui détermine les rapports entre l'Etat et ses agents ou entre l'Administration et les citoyens, comporte plus de souplesse.

Longtemps, il est vrai, l'Etat n'a connu aucune limitation à sa souveraineté qu'on proclamait irresponsable et absolue. Point de lois par lesquelles il limitât sa puissance ; point de barrières pour borner sa volonté. La juridiction administrative n'avait été instituée que pour soustraire ses actes au contrôle des tribunaux ordinaires ; elle ne participait point au pouvoir judiciaire ; elle n'était qu'une des formes de l'autorité gouvernementale. Grâce à cette absence de textes impératifs, et à raison du but spécial en vue duquel on la maintenait, elle put jouir d'une grande liberté, qui lui permit d'exercer son influence sur les destinées mêmes de l'Administration. Ses décisions ne s'inspiraient, déclarait-on, que de principes supérieurs, ces principes n'étaient pas immuables ; leur adaptation aux faits pouvait comporter des interprétations différentes. Quand elle fut appelée par les individus, simples citoyens ou fonctionnaires, à les

protéger contre les excès du pouvoir souverain, la juridiction administrative se trouva insensiblement amenée à ouvrir des brèches dans la forteresse qu'elle avait reçu mission de défendre. Elle ne rencontra d'autre obstacle que les scrupules de ses membres, justement soucieux de la continuité des traditions. Par ses décisions, elle en est venue peu à peu à modifier la nature des relations de l'Etat soit avec ses agents, soit avec le public.

Dans les cas plus rares où ils interviennent pour régler ces mêmes rapports, les tribunaux judiciaires ont dû suivre son exemple.

Pendant longtemps, contre les actes de l'autorité administrative ne fut admis aucun recours. Les ordres de la puissance publique étaient jadis considérés comme inattaquables et s'imposaient sans discussion. Les agents étaient à l'abri de toutes revendications, se fussent-ils rendus coupables d'erreur, de faute ou d'abus.

Le Conseil d'Etat se bornait à régler les compétences, à résoudre les difficultés qui pouvaient surgir entre les corps administratifs ou entre l'administration et les tribunaux, au sujet de leurs attributions respectives, ou bien encore à imposer le respect des formalités prescrites par les textes législatifs ou réglementaires.

Par une naturelle extension de ce contrôle, presque exclusivement limité à la forme des actes

de l'autorité, le Conseil d'Etat en vint à examiner leur contenu. Comment, en effet, se résigner à proclamer la validité d'une décision qui, rendue par une autorité qualifiée à cet effet, après l'accomplissement de la procédure exigée, viole les principes édictés dans une loi ou porte manifestement atteinte à des droits acquis ?

Puis la juridiction administrative, élargissant toujours le cercle de sa compétence, fut amenée à « étendre aux actes faits par l'Administration et en vertu de ses pouvoirs discrétionnaires, un contrôle de légalité, auquel il semblait difficile de les soumettre. Et, comme la loi ne fixe pas d'avance la teneur de ces décisions, et ne détermine que le but général et l'esprit dans lequel elles doivent être prises, la jurisprudence a admis que les actes même discrétionnaires peuvent être annulés comme illégaux, lorsqu'ils sont faits dans un but étranger à celui que la loi a eu en vue. Elle a admis que, dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire est détourné de sa destination légale, et que l'Administration commet un détournement de pouvoir qui doit être réprimé (1) ».

Le Conseil d'Etat, investi depuis 1872 d'un pouvoir de juridiction indépendant, a multiplié depuis lors, en les précisant, les cas d'annulation ; tous les citoyens intéressés à faire tomber des actes administratifs qui lèsent leurs droits,

---

(1) Laferrière, Traité de la juridiction administrative, II, p. 402 et suiv.

trouvent à son prétoire le plus large accueil. Ce moyen de faire invalider les actes de l'autorité qui était incompétente, a méconnu les formalités, violé les droits acquis ou agi dans un but autre que celui pour lequel son pouvoir a été institué, constitue la sanction efficace et directe du contrôle permanent de l'opinion publique.

Dans la détermination des rapports entre l'Etat et ses agents, l'évolution de la jurisprudence s'est encore plus nettement marquée. On a pu dire sans exagération qu'en quelques années, le Conseil d'Etat avait presque de toutes pièces édifié un statut des fonctionnaires. En vérité, il s'est de plus en plus attaché à imposer à tous, même aux chefs, le respect de la règle, et aux faveurs, aux caprices, aux injustices du pouvoir hiérarchique, il a entendu et su imposer un frein.

Etudions donc en détail cette longue évolution de la jurisprudence, et nous nous rendrons facilement compte de l'importance très grande du recours pour excès de pouvoir dans la matière des droits des fonctionnaires. Mais avant d'entrer dans cette étude du recours contentieux, disons quelques mots très rapides sur le recours gracieux, qui, à raison de son caractère, est souvent un moyen peu efficace.

Il ne faut pas confondre *recours gracieux* avec *recours hiérarchique,* bien qu'on fasse presque toujours cette confusion. On doit entendre par recours gracieux ou réclamation gracieuse, celle adressée à une autorité pour lui demander de faire

un acte nouveau, ou bien à l'autorité qui a fait un acte pour la prier de rapporter elle-même son acte ; contre les décisions des ministres, on ne peut formuler des réclamations administratives que de cette façon, puisque les ministres n'ont point de supérieur hiérarchique, quant à leurs actes, puisque le chef de l'Etat lui-même n'est pas leur supérieur hiérarchique à cet égard ; contre les décisions du chef de l'Etat également, puisque le chef de l'Etat n'a pas non plus de supérieur hiérarchique. La voie gracieuse ressemble à la voie hiérarchique en ce qu'elle est administrative, mais elle en diffère en ce qu'elle n'éveille pas l'idée d'un contrôle, elle ne donne pas lieu à un recours proprement dit, mais plutôt à une démarche ou à une pétition, et l'autorité saisie n'est pas tenue de prendre une décision, tandis que l'autorité saisie d'un recours hiérarchique est tenue de prendre une décision et, si elle garde le silence pendant quatre mois, son silence constitue une décision implicite de rejet par application de la loi du 17 juillet 1900.

Il ne faut pas confondre non plus recours hiérarchique avec recours contentieux ; l'un met en mouvement la hiérarchie administrative, l'autre la juridiction administrative, et ces deux organisations n'ont rien de commun. Lorsque, contre un acte d'administration, il existe *de plano* un recours contentieux, le recours hiérarchique n'en subsiste pas moins à côté ; les deux recours sont distincts et indépendants, la partie intéressée n'est point

obligée d'intenter d'abord le recours hiérarchique, l'existence de celui-ci ne constitue pas une fin de non-recevoir pour le recours contentieux (Conseil d'Etat, 24 juin 1881, Bougard ; 13 avril 1881, Bansais ; 14 janvier 1887, Union des gaz) ; si, cependant, l'intéressé emploie au préalable le recours hiérarchique, il faut qu'il fasse attention à ne pas perdre le droit au recours contentieux par expiration des délais. Le recours hiérarchique conserve le recours pour excès de pouvoir à condition que lui-même ait été intenté dans le délai du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire 2 mois à partir de la signification de l'acte.

Les règles du recours hiérarchique font d'ailleurs, ressortir les différences qui le séparent du recours contentieux : 1° Il peut être formé contre tous les actes de tous les agents qui font partie de la hiérarchie, même contre ceux qui ne constituent pas des décisions exécutoires ; 2° il est formé devant l'autorité immédiatement supérieure, avec faculté de remonter par échelons jusqu'au ministre (Conseil d'Etat, 31 juillet 1903, Picard) ; 3° il n'y a pas de délai ; 4° le recours est recevable pour simple intérêt froissé et il peut être motivé au fond pour simple inopportunité de l'acte ; 5° aucune formalité de procédure, simple requête sur papier timbré ; il est délivré aux parties qui le demandent un récépissé constatant la date de la réception de la réclamation ; pour la décision, simple forme administrative ; mais lorsqu'un recours hiérarchique est formé devant le ministre,

sur une affaire qui est susceptible de donner lieu à un recours contentieux, le ministre doit statuer par décision spéciale (D. 2 nov. 1864, art. 6) ; 6° si l'autorité saisie du recours ne garde pas le silence, sa décision est, ou bien une confirmation, ou bien une annulation, ou bien une réformation de l'acte ; si elle garde le silence pendant plus de quatre mois, comme ce silence est assimilé à un rejet de la réclamation, il équivaut à confirmation de l'acte. Dans le cas d'annulation ou de réformation, il y a une décision de l'autorité supérieure qui détruit l'acte primitif. On se trouve donc en présence d'un nouvel acte d'administration qui peut à son tour être attaqué, soit encore par le recours hiérarchique si on n'a pas épuisé la hiérarchie, soit par le recours contentieux. Dans le cas de confirmation définitive par le ministre, l'acte primitif demeure intact, la décision confirmative, s'il en est survenu une, s'incorpore à lui, et c'est cet acte primitf qu'il faudra maintenant attaquer par la voie du recours contentieux, si l'on est encore dans les délais.

Nous trouvons enfin ceci de particulier au recours hiérarchique : tant que la décision sur recours hiérarchique n'a pas servi de fondement à un acte de gestion, elle peut être reprise et refaite, c'est-à-dire qu'elle ne participe pas de l'autorité de la chose jugée ni de sa fixité.

Voilà à peu près tout ce que l'on peut dire du recours hiérarchique, ce qui le distingue du recours contentieux. Disons, en terminant, qu'il ne

sert guère aux fonctionnaires pour la défense de leurs droits. Lorsqu'il est intenté par eux, il est assez rare que l'autorité supérieure annule la décision de l'autorité inférieure ; la plupart du temps, elle la confirme et la hiérarchie est très souvent épuisée sans que le fonctionnaire ait pu obtenir gain de cause. Arrivons donc au véritable recours utile au fonctionnaire, et nous verrons tout de suite la très grande importance du recours pour excès de pouvoir en cette matière.

CHAPITRE II

DU RECOURS EN ANNULATION (LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR)

Le recours pour excès de pouvoir est une voie juridique par laquelle des particuliers lésés dans leurs intérêts ou même dans leurs droits par une décision d'une autorité administrative comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle, peuvent attaquer cette décision devant le Conseil d'Etat pour en obtenir l'annulation. On sait que ce recours peut avoir lieu dans quatre cas, autrement dit qu'il y a quatre ouvertures à recours pour excès de pouvoir : incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir, violation de la loi et des droits acquis.

Mais avant d'entrer dans l'examen de ces ouvertures, il nous semble bon de dire quelques mots des conditions de recevabilité du recours et des fins de non-recevoir qui peuvent y être opposées.

Des conditions de recevabilité du recours. — Les fins de non-recevoir qui peuvent y être opposées

Il y a un examen de recevabilité et un examen au fond. Il y a un examen sur la recevabilité, en ce sens qu'il existe un certain nombre de fins de non-recevoir et que, lorsque l'existence d'une de ces fins de non-recevoir est constatée dans une espèce, le recours peut être rejeté sans être examiné au fond.

Il y a quatre catégories de fins de non-recevoir, elles peuvent être tirées de la nature de l'acte, de l'inobservation des formes et délais, de l'existence d'un recours parallèle, du défaut de qualité du réclamant.

I. — Fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte

Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une décision administrative exécutoire et susceptible de faire grief, prise par une autorité contenue dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative. Par conséquent, échappent au recours :

a) Les actes qui ne seraient pas des décisions exécutoires ;

b) Les décisions exécutoires qui ne seraient pas *susceptibles de faire grief*. Une décision exécutoire

ne fait pas grief dans trois hypothèses : 1° elle a été rétractée ; 2° elle ne contient que de simples constatations ou de simples projets dont l'Administration n'entend pour le moment tirer aucune conséquence, et qu'il faudrait vivifier par de nouvelles décisions pour les rendre opposables à qui que ce soit ; 3° la décision exécutoire ne fait pas obstacle à la réalisation de l'intérêt véritable de l'intéressé. Ainsi un fonctionnaire qui a droit à la retraite est licencié, la décision de licenciement ne fait pas obstacle à ce qu'il demande sa pension ; cette décision ne sera pas susceptible de recours (Conseil d'Etat, 30 janvier 1903, Durand).

On sait que l'autorité législative est indépendante de l'autorité administrative et que ses actes sont soustraits au contrôle de la juridiction administrative. Il faut donc décider que les mesures disciplinaires prises par l'autorité parlementaire, tant envers ses membres qu'envers les fonctionnaires qu'elle emploie, ne relèvent pas du Conseil d'Etat. Nous sommes donc bien ici en face de fonctionnaires qui, en cas de révocation, ne pourront user du recours pour excès de pouvoir et seront privés de toute espèce de recours contentieux.

Quand un acte relève bien de l'autorité administrative, il peut encore, par sa nature intrinsèque être soustrait au recours pour excès de pouvoir.

Telles ont été d'abord les décisions administra-

tives qu'on qualifiait « *actes de pure administration* » vis-à-vis desquels on a pendant longtemps reconnu à l'administration plus de pouvoir que pour les actes d'administration ordinaire, et qui étaient soustraits comme tels au recours en annulation.

Parmi ces actes, on comprenait notamment la révocation des fonctionnaires.

« Cette dénomination, écrit M. Laferrière, en parlant de ces actes, est souvent appliquée à des actes que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation, afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers et non pour satisfaire des droits ou la loi. Telles sont les mesures de police,... les nominations et révocations de fonctionnaires, lorsqu'il n'existe pas de lois fixant leur état..., actes dans lesquels domine la libre appréciation de l'administration (1). De même la jurisprudence du Conseil d'Etat proclame par de nombreux arrêts la même idée.

C'est ainsi qu'un commis-rédacteur à la mairie d'Alger, qui s'était pourvu devant le Conseil d'Etat contre la décision qui le révoquait, vit sa requête rejetée, car, déclare le haut tribunal : « La décision du ministre n'est pas de nature à nous être déférée par la voie contentieuse (2) ». Et

---

(1) Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2e édit., t. II. p. 423.

(2) Conseil d'Etat, Lainné, 21 juillet 1853.

on trouve beaucoup d'autres arrêts rédigés dans le même sens (1).

Cependant à la liberté de l'administration une certaine limite est apportée. L'administrateur qui révoque doit être, dans la hiérarchie administrative, celui compétent pour prendre cette décision, et il devra en la prenant respecter les formes prévues par les textes. Faute de quoi son acte pourra être annulé par le Conseil d'Etat pour incompétence ou vice de forme,

Cette fin de non-recevoir tirée de ce que la décision était un acte de pure administration, et qui était si restrictive du droit des requérants, n'est plus opposée aujourd'hui.

Le Conseil d'Etat a définitivement condamné cette théorie. Il admet que ces actes autrefois qualifiés de pure administration, et les actes de révocation notamment, sont des actes administratifs de la même nature que les autres et qui sont susceptibles d'être annulés pour excès de pouvoir par tous les moyens d'annulation de ce recours.

A côté de ces actes de pure administration, dont l'étude ne présentait qu'un intérêt historique, il est d'autres actes qui aujourd'hui encore ne sont pas, par leur nature, susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir : ce sont ceux qui ne

---

(1) Voyez dans ce sens : Conseil d'Etat, Lefèvre 21 juillet 1849 ; Duperray, 31 janvier 1879.

constituent pas une véritable décision. Ainsi un simple exposé de prétentions, une mesure d'instruction, ne sont pas encore des décisions, au sens juridique du mot, et ne peuvent donner lieu à un recours.

Si, par exemple, un supérieur, par écrit ou verbalement, a manifesté son intention de révoquer un inférieur et que celui-ci en ait connaissance, il ne pourra exercer aucun recours tant que le supérieur n'aura pas agi et pris la décision.

Il ne suffit pas de se croire menacé par une décision éventuelle, il faut qu'on soit réellement touché par une décision actuelle.

Il en est de même quand le supérieur fait une enquête sur la conduite d'un fonctionnaire en vue de le révoquer ; ce n'est pas là une mesure susceptible de recours.

Faut-il aller plus loin et exiger que la décision ait un caractère exécutoire ?

Notamment une mise en demeure de quitter l'emploi constitue-t-elle une décision susceptible de recours ? Il faut, semble-t-il, se décider pour la négative, car une telle mise en demeure n'est pas une décision qui fait directement grief.

La jurisprudence, très libérale en cette matière, admet qu'un recours est possible contre les mises en demeure qui sont exécutoires dans un certain délai, sans nouvelle décision.

II. — Fin de non-recevuir à raison des formes et des délais

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable, s'il n'est pas introduit dans les formes et dans les délais déterminés par la loi.

Formes. — Depuis le décret du 2 novembre 1864, il y a dispense du ministère de l'avocat ; la requête peut être présentée directement par le fonctionnaire, elle doit seulement être sur timbre et enregistrée au secrétariat du Conseil. La loi de budget du 17 avril 1906, article 4, prescrit l'enregistrement en débet ; les droits ne seront dus finalement qu'au cas de rejet total ou partiel de la requête et en cas de non lieu à statuer (à moins que cette décision ne soit motivée par le retrait de l'acte attaqué).

C'est donc uniquement avec une feuille de papier timbré à 0 fr. 60 que le fonctionnaire pourra intenter son recours en annulation. La requête doit contenir l'exposé sommaire des faits et moyens, les conclusions, le nom et la demeure de la partie, l'énonciation des pièces dont elle entend se servir et qui y seront jointes.

Délais. — La loi du 13 avril 1900, article 24, fixe à deux mois le délai de tous les recours au Conseil d'Etat. Ce délai court du jour où l'acte incriminé a été notifié au fonctionnaire. Cette notification est faite par simple voie adminis-

trative et n'est soumise à aucune forme sacramentelle. Le fonctionnaire pourra être averti soit par lettre ou télégramme, mais une simple communication verbale ne pourrait être considérée comme suffisante, car la notification suppose la remise d'un document écrit.

Au délai de deux mois, qui est la règle générale, il peut être apporté des exceptions en vertu desquelles ce délai peut être prorogé.

Le délai peut être prorogé dans le cas où le fonctionnaire, au lieu d'attaquer immédiatement l'acte incriminé devant le Conseil d'Etat, emploie le recours hiérarchique et demande au ministre, par exemple, de réformer la décision. Dans ce cas, on s'est demandé à partir de quel moment il fallait faire courir le délai. Etait-ce du jour de la décision du ministre ou du jour de la notification initiale?

Le Conseil d'Etat, après des hésitations, a fini par décider qu'il fallait, pour que le recours devant lui fût recevable, qu'il ait été d'abord adressé au ministre dans les deux mois de la notification et que la décision du ministre fût elle-même portée devant le Conseil d'Etat dans un nouveau délai de deux mois, courant du jour où elle serait notifiée au requérant (1).

---

(1) Ainsi décidé dans un arrêt Bourdet, Conseil d'Etat, 5 août 1901, à propos d'un recours intenté par un garde champêtre révoqué : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Bourdet a déféré au préfet de Seine-

Les deux mois sont comptés de quantième à quantième. On ne compte pas le *dies a quo,* on ne compte pas non plus celui de l'arrivée du pourvoi au secrétariat du Conseil d'Etat, qui est le terme *ad quem,* de sorte que, pour une décision notifiée le 15, le pourvoi peut être reçu jusqu'au 16 à minuit. C'est le jour de l'arrivée du pourvoi au secrétariat du conseil qui importe et non pas celui de l'enregistrement. Sans doute, l'enregistrement doit être fait immédiatement, mais si, en fait, il a été retardé, l'intéressé ne doit pas souffrir du retard.

III. — Fin de non-recevoir résultant de l'existence d'un recours parallèle

On sait comment se formule cette théorie du recours parallèle en vertu de laquelle le recours pour excès de pouvoir était irrecevable toutes les fois que le requérant a à sa disposition l'exercice d'un autre recours contre l'acte qui viole son droit.

Cette théorie a été inventée pour trois raisons principales: pour écarter les recours inutiles; pour empêcher les empiètements sur les autres

---

et-Oise l'arrêté du maire de Meulan dans les deux mois de la notification de cet arrêté ; puis une réclamation sur laquelle le préfet a prononcé le 8 novembre 1898, et que la requête du sieur Bourdet a été enregistrée le 23 du même mois de novembre au Secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat .. »

autorités juridictionnelles, enfin pour éviter les jugements contradictoires.

N'étant basée sur aucun texte, cette théorie est l'œuvre entière de la jurisprudence, qui après l'avoir créée de toutes pièces, a de plus en plus tendu à la restreindre, si bien qu'on peut en espérer un jour la disparition complète.

Le Conseil d'Etat admet aujourd'hui qu'il ne suffit pas que le requérant possède une autre voie de recours directe et parallèle, il faut encore que, par cette voie, le requérant aboutisse exactement au même résultat et obtienne complète satisfaction. Sinon les deux voies de recours subsistent distinctement.

L'ancienne théorie du recours parallèle a donc aujourd'hui un champ d'application beaucoup plus restreint; et c'est pourquoi elle n'est plus de nature à porter préjudice aux fonctionnaires.

Autrefois, on admettait que la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle pouvait être opposée devant le Conseil d'Etat lui-même quand il pouvait être saisi pour une même affaire, comme juge de l'excès de pouvoir et comme juge de plein contentieux. Et, alors, dans ce cas, disait M. Laferrière (1): « La procédure de l'excès de pouvoir est incorrecte, car la partie possède un autre recours plus complet que celui qu'elle exerce; elle doit mettre en mouvement le contentieux de pleine juridiction, non celui de l'annulation ». Avec

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 495.

une telle théorie, on aurait pu à bon droit prétendre que les fonctionnaires frappés d'une révocation irrégulière, par exemple, et qui pouvaient obtenir une indemnité en exerçant le recours de plein contentieux, ne pouvaient obtenir directement l'annulation de la décision par le recours pour excès de pouvoir.

Il est donc facile de voir quelle restriction cette théorie du recours parallèle aurait apportée aux droits des fonctionnaires. Mais la question pour eux ne s'est pas posée, et voici pourquoi: c'est qu'à l'époque où la théorie du recours parallèle régnait en maître, le Conseil d'Etat, en vertu du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique, refusait aux fonctionnaires tout droit à indemnité et qu'une seule voie leur était alors ouverte: le recours en annulation. Et plus tard, quand le Conseil d'Etat leur eut reconnu ce droit à indemnité, la théorie du recours parallèle avait déjà perdu une grande partie de sa valeur, et ne pouvait plus être opposée au fonctionnaire qui obtient des résultats différents selon qu'il emploie la voie du recours en annulation ou celle du recours en réparation.

IV. — Fin de non-recevoir a raison de la qualité de la partie

Pour qu'une partie puisse intenter un recours pour excès de pouvoir, il faut qu'elle soit capable d'ester en justice, selon les règles du droit

commun, et d'autre part, qu'elle remplisse les conditions spéciales pour intenter ce recours.

Pour la capacité d'ester en justice, qui est une condition d'ordre général, nous n'avons rien de spécial à dire. Le fonctionnaire en cette seule qualité est capable d'ester en justice. Les conditions qui ont été exigées de lui lors de son entrée en fonction, dépassent celles qui lui sont nécessaires pour agir en justice.

C'est au fonctionnaire lui-même qu'il appartient d'intenter les recours, et en principe lui seul a qualité; mais il peut se faire représenter par un mandataire: individu ou association, mais dans ce cas il devra délivrer un mandat exprès à la personne chargée de le représenter. A défaut de ce mandat, la requête sera déclarée non recevable.

La seule difficulté sérieuse qui se présente en cette matière et qui a donné lieu à de longues controverses est celle de savoir si les syndicats ou associations de fonctionnaires ont le droit d'ester en justice et quelles actions elles peuvent intenter. Nous laisserons pour le moment cette question de côté et nous la traiterons plus tard dans un chapitre spécial que nous consacrerons aux associations de fonctionnaires.

Arrivons donc à l'étude des conditions spéciales exigées pour intenter un recours pour excès de pouvoir.

Il faut, selon la formule consacrée, faire preuve d'un intérêt direct et personnel qu'on a à l'annulation de l'acte. C'est là l'application d'une très

ancienne règle consacrée par la jurisprudence administrative que pour intenter un recours de plein contentieux, il faut arguer de la violation d'un droit, tandis que pour intenter un recours pour excès de pouvoir la lésion d'un intérêt suffit.

Cette ancienne distinction assez curieuse se compliquait de cette autre, à savoir que dans le recours pour excès de pouvoir lui-même, si la preuve d'un intérêt suffisait au requérant qui invoquait l'incompétence, le vice de forme ou le détournement de pouvoir, il lui fallait au contraire, quand il invoquait la violation de la loi, faire preuve de la violation d'un droit acquis, d'un intérêt renforcé, comme l'on disait.

Ces distinctions compliquées et subtiles entre les droits et les intérêts ne reposaient vraiment pas sur une base juridique sérieuse et ne correspondaient pas à la nature des choses.

M. le professeur Duguit a judicieusement analysé les deux notions de droit et d'intérêt, en remarquant que dans les deux cas il y avait violation d'un droit : violation d'un droit subjectif dans le recours de plein contentieux, d'un droit objectif dans le recours pour excès de pouvoir (1).

Aujourd'hui, la jurisprudence est en train de modifier lentement cette notion d'intérêt. Elle a d'abord unifié la question de recevabilité, en mettant sur le même pied la violation de la loi et

---

(2) Duguit, Droit constitutionnel, p. 259.

les autres chefs d'annulation, assimilant ainsi le droit acquis et l'intérêt. Puis elle a élargi de plus en plus la notion d'intérêt, l'étendant à la seule qualité de contribuable, d'habitant, d'électeur.

Cette extension de la notion d'intérêt a donné lieu pour les fonctionnaires à de remarquables applications au cas de nominations illégales ; elle a été également intéressante, beaucoup moins cependant, dans le cas de recours contre des révocations. Nous reviendrons plus tard sur ces différents points.

Il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire ait un intérêt matériel à l'annulation d'un acte ; un simple intérêt moral suffit. C'est en vertu de ce principe, que l'intérêt moral est suffisant pour obtenir l'annulation d'un acte, que le Conseil d'Etat admet des maires à lui déférer des décisions qui les révoquent, bien qu'ils n'aient pas encore ou n'aient plus cette qualité de maire et que dès lors leur révocation ne leur cause aucun préjudice matériel.

C'est ainsi qu'un maire qui avait donné sa démission attaque pour excès de pouvoir le décret qui a prononcé sa révocation (1). Le Conseil d'Etat constate « qu'il résulte de l'instruction que le sieur Pucinelli a donné sa démission de maire de Calvi à la date du 22 mai 1897 ; que le préfet de la Corse a accepté sa démission par arrêté du 5 juin suivant; qu'à partir de cette date le requérant n'avait plus la qualité de maire et qu'il

(1) Conseil d'Etat, Pucinelli, 2 avril 1898.

ne pouvait plus être l'objet d'une mesure de révocation ; qu'il suit de là que le décret du 2 juillet 1897 est entaché d'excès de pouvoir et qu'il y a lieu d'en prononcer l'annulation. »

L'intérêt moral qu'avait le maire à ne pas avoir été l'objet d'une telle mesure suffisait à justifier son pourvoi. L'intérêt du recours n'aurait disparu que si le ministre avait fait rapporter le décret de révocation avant le jugement. Le Conseil d'Etat aurait alors non rejeté le recours, mais dit qu'il n'y avait plus lieu à statuer.

Nous en avons ainsi fini avec l'étude des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir exigées du fonctionnaire requérant, et nous avons vu combien le nombre et la rigueur de ces conditions ont été réduits petit à petit. Passons maintenant à l'étude des conditions de fond, nécessaires pour entraîner l'annulation de l'acte, et voyons quels sont les moyens d'annulation qui peuvent être proposés.

Des conditions de fond. — Les moyens d'annulation qui peuvent être invoqués

Ces moyens d'annulation ne peuvent viser que la légalité de l'acte, mais non son opportunité qui est du domaine exclusif de l'administration active, et qui dès lors peut être critiquée dans un recours hiérarchique, mais ne peut jamais être contrôlée par le juge.

Ces moyens d'annulation sont au nombre de quatre, autrement dit il y a quatre ouvertures à recours pour excès de pouvoir : incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir, violation de la loi et des droits acquis.

I — De l'incompétence

L'incompétence est le défaut d'aptitude légale à faire un acte déterminé. La nullité qui en résulte est très grave, c'est une nullité d'ordre public et qui, par conséquent, peut être invoquée par le juge, nonobstant la règle d'après laquelle les tribunaux ne peuvent statuer *ultra petita*.

Le cas le plus grave d'incompétence est l'usurpation de pouvoir. L'acte a été pris par une personne dépourvue de toute autorité. C'est par exemple, un simple particulier qui, n'appartenant en rien à l'administration, prononcerait la révocation d'un fonctionnaire.

C'est le cas d'un fonctionnaire remplissant une fonction qui ne lui confère aucun droit de décision, et qui en prendrait une ; ou enfin le cas de celui qui ayant appartenu à l'administration continue, après qu'il a quitté sa fonction, à en exercer les pouvoirs.

Ces cas, remarquons-le, ne se présentent que très rarement. L'acte n'est pas alors seulement annulable, il est inexistant et le Conseil d'Etat se contente de déclarer qu'il n'a pu produire aucun effet.

Mais à côté du défaut absolu de pouvoir, l'incompétence peut revêtir un caractère moins grave et résulter de l'empiètement d'une autorité inférieure sur les pouvoirs d'une autorité supérieure, ou à l'inverse de l'empiètement d'une autorité supérieure sur les pouvoirs de l'inférieur, ou enfin d'un empiètement entre autorités de même ordre.

Dans ces divers cas, où une décision n'a pas été prise par l'autorité compétente, le fonctionnaire qui en est victime pourra la faire annuler pour incompétence.

Voyons les divers cas d'empiètement de pouvoir qui peuvent se produire entre les diverses autorités administratives.

Et tout d'abord, *l'empiètement d'une autorité inférieure sur l'autorité supérieure.*

Dans ce cas, pas de doute, il y a manifestement incompétence. Si, par exemple, un maire révoque un fonctionnaire qui ne pouvait être frappé que par le préfet, ou si un préfet agit à la place du ministre, leurs actes n'ont aucune valeur et doivent être annulés.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a annulé pour incompétence, l'arrêté d'un maire révoquant un garde champêtre, car s'il est compétent pour nommer ce fonctionnaire, le pouvoir de révocation a été réservé au préfet en vertu de l'article 102 de la loi du 5 avril 1884. Le maire, en révoquant un garde champêtre, empiète donc sur les pouvoirs du

préfet, et le garde révoqué a le droit d'obtenir l'annulation de l'arrêté pour incompétence (1).

De même, un maire ne peut, sans excéder ses pouvoirs, révoquer un agent de police, fonctionnaire qu'il peut nommer avec l'agrément du sous-préfet, mais qu'il appartient au préfet seul de révoquer, en vertu des termes exprès de l'article 103 de la loi du 5 avril 1884 (commune de Mazamet, 21 mai 1886).

A plus forte raison, un maire excède-t-il ses pouvoirs en révoquant des agents communaux qui ne sont pas nommés par lui comme les préposés d'octroi. Car « en vertu de l'article 88 de la loi du 5 avril 1884, il n'appartient au maire de révoquer de leurs fonctions que les employés communaux qui sont nommés par lui ; que les simples préposés d'octroi sont nommés par les sous-préfets ; que dès lors le maire d'Aix n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, révoquer le requérant de ses fonctions de commis à l'octroi de ladite ville » (2).

Un cas curieux d'incompétence, c'est l'empiètement d'une autorité décentralisée sur les pouvoirs de l'autorité supérieure, ainsi d'un Conseil municipal sur les pouvoirs du préfet. Comment cet empiètement peut-il se produire puisque le pouvoir disciplinaire sur les agents communaux

---

(1) Conseil d'Etat, commune de Mont-Flanquin, 8 avril 1892 ; *idem*, Bowidet, 5 août 1901.

(2) Conseil d'Etat. Swidlin 25 avril 1902 ; *idem*, Marty, 28 janvier 1898.

appartient au maire, ou est partagé, pour les gardes champêtres par exemple, entre le maire qui peut les suspendre et le préfet qui les révoque.

Cela tient aux pouvoirs budgétaires qu'ont les Conseils municipaux sur les emplois communaux non obligatoires, qu'ils peuvent créer et supprimer à leur gré.

C'est ainsi que la fonction de garde champêtre étant, depuis la loi de 1884, facultative pour les communes, les Conseils municipaux qui ont créé cet emploi, peuvent le supprimer s'ils le trouvent inutile ou trop onéreux pour la commune. Or cette suppression d'emploi aboutit indirectement pour le titulaire à une révocation.

Il y a cependant une certaine limite aux pouvoirs des Conseils municipaux. Leur délibération supprimant un emploi doit être motivée par des considérations d'économie, d'ordre budgétaire ; elle ne pourrait être motivée par des considérations visant la personne du titulaire de l'emploi, cas dans lequel il y aurait révocation déguisée. Les attributions budgétaires des Conseils municipaux ne peuvent être converties en attributions disciplinaires sans empiéter sur les pouvoirs disciplinaires du maire ou du préfet.

Le Conseil d'Etat a annulé, dans de nombreux arrêts, des délibérations de Conseils municipaux qui révoquaient des gardes champêtres sous prétexte de supprimer l'emploi : « Considérant que d'après l'article 102 de la loi du 5 avril 1884,

le préfet seul peut révoquer les gardes champêtres ;

» Considérant que la délibération par laquelle le Conseil municipal de la commune de Ploermel a supprimé les emplois de garde champêtre, constitue, dans les termes où elle est formulée, une véritable révocation, qu'ainsi c'est avec raison que le préfet du Morbihan a prononcé la nullité de la dite délibération (1) ».

Quand, au contraire, la suppression de l'emploi a été réalisée dans un but d'économie, le Conseil d'Etat refuse d'annuler la délibération du Conseil municipal (2).

Dans les divers cas d'incompétence que nous venons de passer en revue, le vice était manifeste, car c'était ouvertement que l'inférieur avait empiété sur les pouvoirs du supérieur ; mais il se présente des cas où la difficulté est plus grande et où l'empiètement est moins manifeste, c'est quand l'administrateur a employé des manœuvres pour déguiser l'illégalité qui vicie son acte. Il arrive à rendre son acte extérieurement valable en le qualifiant du nom d'une autre mesure pour laquelle il est compétent.

---

(1) Conseil d'Etat, commune de Ploermel, 20 avril 1888. Voy. dans le même sens : commune de Saint-Martial, 22 juin 1886 ; commune de Charmoille, 6 janvier 1888 ; commune de Soustous, 16 juillet 1886 ; commune de Menet, 8 août 1894.

(2) Commune d'Asnières, 6 janvier 1888 ; commune de Larocque, 20 avril 1892 ; commune de Sartène, 20 nov. 1896.

Mais le Conseil d'Etat averti ne se laisse pas prendre aux apparences, il va au fond des choses, restitue à l'acte son caractère et son nom véritables, et n'hésite pas à l'annuler quand il est entaché d'incompétence.

C'est ainsi qu'un maire, qui, comme nous venons de le voir, peut suspendre un garde champêtre mais non le révoquer, était arrivé en fait à révoquer le garde de sa commune, en prenant contre lui des mesures de suspension réitérées. Or ce pouvoir de suspension ne peut, aux termes de la loi municipale, s'exercer pour plus d'un mois. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il annulé l'arrêté, car « il résulte de l'instruction que le maire du Bourget avait suspendu le requérant pour un mois ; et qu'en prononçant à nouveau par les deux arrêtés attaqués cette mesure disciplinaire pour les mêmes faits et sans que le requérant ait repris ses fonctions, le maire a excédé ses pouvoirs (1) ».

Il se présente des cas où un administrateur peut prendre une mesure qui est de la compétence de son supérieur, sans empiéter sur ses pouvoirs et sans commettre un excès de pouvoir. Cela peut se produire en cas de suppléance ou de délégation qui lui est faite des pouvoirs de son supérieur.

Il existe quelques différences entre ces deux

---

(1) Conseil d'Etat. Roux, 31 juillet 1903.

modes de transmission de pouvoirs. La *suppléance* prévue dans des lois spéciales opère un transfert de compétence de plein droit, dès que les conditions légales exigées sont remplies. Elle entraîne une compétence générale.

La *délégation,* au contraire, doit être expressément conférée par le supérieur, et indiquer quels pouvoirs sont délégués. A défaut de quoi l'inférieur ne serait pas compétent pour agir.

Il a été ainsi décidé qu'un sous-officier rengagé n'avait pu être valablement cassé de son grade par le général commandant, car ce dernier n'avait pas reçu une délégation expresse du ministre (1).

Ajoutons que la question doit être généralisée, et qu'en cas de suppléance ou de délégation, toutes les formes et prescriptions légales doivent être strictement observées. Faute de quoi le transfert de compétence ne pourrait légalement se produire, et toutes les décisions prises par l'inférieur seraient non avenues et susceptibles d'être annulées pour incompétence.

Il y a encore vice d'incompétence quand le

---

(1) Conseil d'Etat. Rémy, 19 mai 1899 : « Considérant que si d'ordinaire la cassation des sous-officiers rengagés est prononcée par le ministre ou par le général commandant le corps d'armée, délégué, le général commandant le 19e corps d'armée n'avait reçu du ministre aucune délégation lui confiant le pouvoir de casser les sous-officiers rengagés et que, dès lors, la décision par laquelle le sieur Rémy avait été cassé de son grade devait être annulée. »

supérieur empiète sur les pouvoirs de son inférieur.

C'est la même solution que dans le cas inverse d'empiètement que nous venons d'étudier. Les compétences sont en effet de droit strict, quand le supérieur prend une décision qui est de la compétence de son subordonné, il commet un excès de pouvoir.

Ainsi la loi du 7 août 1851 dispose que la Commission administrative de chaque hospice nomme son secrétaire économe et qu'elle le révoque avec l'approbation du préfet. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il déclaré entaché d'excès de pouvoir l'arrêté du préfet « qui, de sa propre autorité et sans qu'aucune délibération de la Commission administrative eût été prise », avait révoqué l'économe d'un hospice : le préfet ayant empiété sur les pouvoirs de la Commission administrative (1).

Cependant, de prime abord, la question paraît plus délicate et moins facile à résoudre que dans le cas d'empiètement de l'inférieur sur les pouvoirs de son supérieur.

Le supérieur possède en effet certains pouvoirs vis-à-vis de ses inférieurs. Il possède notamment, en vertu de son pouvoir hiérarchique, le droit de réformer et d'annuler la décision prise par son subordonné.

---

(1) Conseil d'Etat. Bordes-Pagès, 18 novembre 1904.

On pourrait alors dire que qui peut le plus peut le moins, et se demander si le supérieur ne peut pas statuer d'office, et prendre la décision lui-même au lieu et place de l'autorité inférieure compétente.

Eh bien! non. Cela le supérieur ne le peut pas, car en agissant ainsi il porterait atteinte aux règles strictes de la compétence. Il peut conseiller, prescrire même la décision à prendre, il ne peut la prendre lui-même.

Il y a cependant des règles un peu particulières à signaler en ce qui concerne les pouvoirs du préfet vis-à-vis de l'autorité municipale. On sait, en effet, que les maires peuvent agir en deux qualités : comme délégués du pouvoir central et comme représentants de l'autorité municipale.

Quand il agit comme délégué du pouvoir central, le maire est soumis à l'autorité de l'administration supérieure.

Dans ce cas, si le maire refuse ou néglige de faire un acte prescrit par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, agir à sa place (art. 85, loi de 1884). La substitution de compétence s'opère alors de plein droit.

La règle est différente quand le maire exerce les fonctions propres au pouvoir municipal, il n'agit plus sous l'autorité, mais sous la surveillance du préfet, qui peut annuler ou suspendre ses arrêtés, mais ne peut les prendre à sa place.

En quelle qualité agit le maire en révoquant un agent communal ? Il agit alors certainement

comme représentant de l'autorité municipale, en vertu de l'article 88 de la loi de 1884. Le préfet peut donc annuler son arrêté, mais il ne peut lui-même révoquer un agent communal.

Il faudrait cependant faire exception pour certains agents communaux, ce sont ceux qui sont attachés à un établissement public municipal placé sous l'autorité du préfet.

Aussi si le directeur d'un tel établissement peut être révoqué par le maire, le préfet peut annuler cette révocation, et il aurait même pu agir à la place du maire. Car, dans ce cas, le maire est placé sous l'autorité du préfet (1).

Il est à ce sujet une remarque d'ordre général à faire : c'est que le fonctionnaire frappé d'une révocation illégale par exemple, peut se voir indirectement protégé contre une telle mesure par l'application des principes de notre droit administratif, sans avoir pour cela de recours à exercer lui-même.

C'est ainsi qu'un acte de révocation peut se voir annuler par le supérieur hiérarchique de l'auteur de cet acte. Le révoqué sera ainsi protégé, sans avoir à exercer de recours, par la simple application des règles du pouvoir hiérarchique (2).

Il peut être aussi efficacement protégé par l'application des règles de la tutelle de l'admi-

---

(1) Conseil d'Etat, maire de Lyon, 2 août 1890.

(2) Conseil d'Etat, commune de Ploermel, 20 avr. 1888.

nistration supérieure sur les autorités décentralisées.

C'est ainsi que le préfet peut, à toute époque, déclarer nulles de droit, en vertu de l'article 65 de la loi de 1884, les délibérations d'un Conseil municipal prises en violation de la loi.

Aussi le Conseil d'Etat a donné raison à un préfet qui avait annulé la délibération d'un Conseil municipal révoquant un garde champêtre, car ce pouvoir de révocation ne peut être exercé que par le préfet lui-même.

« La délibération par laquelle le Conseil municipal de Ploermel a supprimé l'emploi de garde champêtre constitue une véritable révocation, et c'est avec raison que le préfet du Morbihan a prononcé la nullité de ladite délibération. »

Le préfet peut encore déclarer nulles de droit les délibérations des Conseils municipaux portant sur des objets étrangers à leurs attributions.

Doit être considérée comme telle la délibération d'un Conseil municipal demandant à l'autorité compétente de révoquer un commissaire de police, car « s'il appartient au Conseil municipal d'exprimer des vœux sur les objets d'intérêt local, et notamment sur la police municipale, il lui est interdit de s'immiscer dans l'exercice de l'action disciplinaire, en provoquant contre un fonctionnaire des mesures de répression ». (1)

---

(1) Conseil d'Etat, ville d'Apt, 27 juin 1890.

Voilà donc comment les fonctionnaires peuvent se trouver indirectement protégés par l'application des règles de la tutelle et du pouvoir hiérarchique, et ils le sont souvent ainsi suffisamment pour qu'ils n'aient plus à intenter de recours.

Sans doute ces règles n'ont pas été établies pour la protection personnelle du fonctionnaire, ce sont des règles d'ordre plus général qui sont destinées à assurer la marche d'une bonne administration et le respect de la légalité. Le fonctionnaire, dans certains cas, ne s'en trouve pas moins protégé et aussi efficacement que s'il intentait lui-même un recours en annulation.

Le troisième cas d'incompétence se rencontre quand une autorité *empiète sur les pouvoirs d'une autre autorité occupant le même rang dans la hiérarchie.*

Un ministre, par exemple, peut empiéter sur les pouvoirs d'un autre ministre. Mais ces empiètements se ramènent surtout à l'idée d'une incompétence territoriale. Car les maires, les préfets, ne sont compétents que pour prendre des décisions à l'intérieur de leur circonscription départementale ou communale. Un maire ne pourrait révoquer un fonctionnaire d'une autre commune. La chose est d'évidence et se présente peu en pratique, car nos circonscriptions territoriales sont nettement déterminées. Il se produit cependant des difficultés relatives aux pouvoirs

du préfet de la Seine et du préfet de police, et aussi du préfet du Rhône dont les limites de compétence sont assez obscurément établies.

II. — Du vice de forme

Par un emprunt fait aux lois d'organisation judiciaire, le Conseil d'Etat a, dès l'origine, assimilé à l'incompétence le vice de forme qui consiste dans l'omission ou l'accomplissement incomplet ou irrégulier de formalités auxquelles un acte administratif est assujetti par les lois et les règlements. L'administrateur excède, en effet, sa compétence quand, en usant de son pouvoir propre, il s'affranchit des conditions auxquelles ce pouvoir est subordonné.

Ces formalités consistent en mesures d'instruction destinées à éclairer l'autorité qui prend l'acte, en avis à demander à certains corps ou agents administratifs, en enquêtes, vérifications, mises en demeure et autres notifications qui ont pour but d'aviser les parties et de provoquer leurs observations.

Le vice de forme résultera de l'omission de l'une quelconque de ces formalités, par exemple de l'irrégularité dans une procédure suivie devant un Conseil consultatif ; ce vice pourra même être relevé dans la rédaction de l'acte, quand la loi exige qu'une décision soit motivée ; car l'administrateur n'est pas, en général, obligé de motiver

sa décision; il le fait s'il le veut, et l'absence de motifs ne constitue pas un vice de forme. Ce vice n'existe et n'entraîne la nullité de l'acte que dans le cas où une loi exige expressément que la décision soit motivée. (1)

Le Conseil d'Etat s'est montré toujours très rigoureux en cette matière. Il a pensé qu'il y avait dans ces formes non pas une complication un peu arbitraire de la procédure, mais une garantie des plus efficaces accordée par le législateur aux administrés.

De nombreuses occasions se sont présentées d'avoir recours à ce moyen. Il y a lieu de remarquer, en effet, à cet égard que, contrairement à ce qui se passe en droit civil (art. 7, loi du 20 avril 1910 et art. 1030 du Code de procédure civile), en matière de droit administratif, il est de principe que les vices de forme sont sanctionnés par la nullité, même lorsque cette nullité n'est pas prononcée expressément par la loi. Ce principe est pratiquement fondé sur ce que les lois administratives ne s'exprimant presque jamais sur la sanction de la violation des formes qu'elles édictent, seraient, si les exigences de la procédure civile étaient imposées, presque toujours dépourvues de sanction à ce point de vue.

Le Conseil d'Etat s'est montré surtout rigoureux vis-à-vis de l'administration, quand ces

(1) Voir, à ce sujet, la loi du 8 juillet 1908 sur la révocation des maires et adjoints.

formalités avaient été prévues pour protéger les fonctionnaires contre les mesures disciplinaires arbitraires.

Il n'admet pas alors de distinction entre les formalités considérées comme substantielles et dont l'omission entraînerait la nullité de l'acte, et les formalités non substantielles dont l'absence est sans influence sur la validité de l'acte. En matière disciplinaire, toutes les formes sont requises à peine de nullité, elles sont substantielles parce que le législateur ne peut être présumé en avoir édicté de superflues. Aucune exception ne peut être apportée à cette règle, M. Laferrière en donne la raison (1). « La jurisprudence ne semble point, dit-il, admettre d'exception en matière de procédure disciplinaire, et avec raison selon nous, car tout doit être de droit strict lorsqu'il s'agit de décisions intéressant la situation et même l'honneur d'officiers ou de fonctionnaires : aucune des garanties que les lois et règlements leur assurent ne doit être omise, altérée, ni suppléée au moyen d'équivalents arbitraires. »

Seulement, il faut bien se rendre compte que le moyen d'annulation fondé sur la violation des formes n'a pas toujours eu la même valeur de protection pour les fonctionnaires révoqués, c'est un moyen qui ne peut être utilement invoqué qu'autant que le législateur a prescrit des formes, si minimes soient-elles. Or, il fut un moment, pas

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 525.

encore très loin de nous, où la grande majorité des fonctionnaires pouvaient être révoqués *ad nutum*, le législateur n'ayant posé aucune règle, aucune forme restreignant le pouvoir de révocation. Seuls quelques fonctionnaires privilégiés jouissaient de quelques règles protectrices que nous avons étudiées précédemment. Puis bientôt des décrets venaient étendre des garanties du même genre à un nombre de plus en plus grand de bénéficiaires. Enfin la loi du 22 avril 1905 astreignait l'administration, envers tous les fonctionnaires, à la formalité de la communication du dossier.

Cette réglementation nouvelle, qui a eu pour but de soustraire le plus grand nombre d'agents au caprice de leurs supérieurs, a permis un usage de plus en plus grand du moyen d'annulation tiré de la violation des formes.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat par l'application de la loi du 22 avril 1905 (art. 65) a, toutes les fois que la question lui a été soumise, annulé pour excès de pouvoir toute décision disciplinaire prise à l'encontre d'un fonctionnaire, sans que son dossier lui ait été auparavant communiqué (Conseil d'Etat, 6 juillet 1906, affaire Nicol).

Une application de ces principes a été faite assez récemment (1). On n'a pas oublié certains incidents auxquels avait donné lieu, à Laon, le Congrès départemental de la section diocésaine

---

(1) V. *Le Progrès de Lyon* du 30 juillet 1910.

de la Jeunesse catholique. Cinq officiers qui avaient assisté à la réunion furent convoqués par le général Picquart, ministre de la Guerre, qui, après avoir entendu leurs explications, fit prononcer leur mise en retrait d'emploi, par décision présidentielle. Un des officiers frappés, le lieutenant-colonel Jannet, saisit d'un pourvoi le Conseil d'Etat, en soutenant notamment qu'il avait été frappé sans qu'on ait observé la formalité substantielle de la communication préalable de son dossier. La mise en retrait d'emploi du lieutenant-colonel Jannet a été annulée (29 juillet).

L'arrêt du Conseil d'Etat est entièrement rapporté dans le *Bulletin Officiel de la Ligue des Droits de l'Homme* du 31 août 1910. Il consacre à nouveau, comme un point de jurisprudence établi, l'obligation imposée par le Conseil d'Etat : 1° de communiquer au fonctionnaire l'intégralité du dossier ; 2° de mettre en demeure le fonctionnaire de prendre communication du dossier : « Considérant que si le ministre de la Guerre a appelé le lieutenant-colonel Jannet à fournir des explications sur des faits qui lui étaient reprochés, il n'a pas été donné à ce moment connaissance au requérant de *toutes les pièces composant son dossier ;* que, d'autre part, il n'est pas établi que le ministre, au cours de l'entretien qu'il a eu avec le lieutenant-colonel Jannet, l'ait avisé qu'une mesure disciplinaire allait être prononcée contre lui ; qu'ainsi, ce dernier *n'a pas été mis en demeure* de demander communication de son

dossier et qu'il est fondé à soutenir qu'il a été privé de la garantie spéciale à laquelle il avait droit, par application de la disposition législative sus rappelée, etc.... Décide : la décision susvisée du Président de la République est annulée. »

Le Conseil d'Etat a même poussé très loin l'exigence de l'accomplissement des formes. M. P., préposé en chef de l'octroi de Romans (Drôme), avait été révoqué par le ministre des Finances sur rapport du maire de cette ville. Le sieur P... soutenait qu'il ne lui avait pas été donné communication préalable de son dossier. L'administration répondait : 1° qu'elle n'était pas tenue de mettre en demeure le sieur P... de prendre communication de son dossier, et qu'il n'était pas prouvé qu'il eût demandé cette communication ; 2° qu'au surplus la demande d'explication qui lui avait été faite par l'administration, avant la prise de la décision incriminée, équivalait à une mise en demeure de prendre à ce moment communication de son dossier ; 3° qu'en fait, il avait eu communication de toutes les pièces de son dossier *intéressant l'inculpation*.

Admettant tous ces faits comme constants, le Conseil d'Etat a néanmoins statué comme suit : « Considérant que si le sieur Pomaret a été appelé à donner des explications sur des faits qui lui étaient reprochés, cette circonstance ne constituait pas vis-à-vis de lui *une mise en demeure* de prendre communication de son dossier ; que d'autre part le ministre des Finances reconnaît

que le requérant n'a pas eu connaissance de *l'ensemble* des pièces composant son dossier, qu'ainsi il est fondé à soutenir qu'il a été privé de la garantie spéciale à laquelle il avait droit par application de la disposition législative sus rappelée, et à demander, en conséquence, l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêt attaqué. » (1)

La loi précitée du 22 avril 1905, article 65, n'est pas la seule qui ait donné au Conseil d'Etat l'occasion d'appliquer ces principes. A la date du 5 août 1908, il rendait un arrêt d'annulation d'un décret ministériel révoquant de ses fonctions un administrateur adjoint de 1re classe en Guinée : « Considérant, dit l'arrêté, qu'aux termes de l'article 19 du décret du 6 avril 1900, portant réorganisation du personnel des administrateurs coloniaux, la rétrogradation ne peut être prononcée qu'après avis d'une Commission devant laquelle le fonctionnaire est appelé à exposer ses moyens de défense, soit verbalement, soit par écrit.

» Considérant qu'il résulte du procès-verbal de la séance du 22 mars 1908 que la Commission d'enquête après avoir retenu seulement quatre chefs d'accusation auxquels a été limité l'interrogatoire du sieur M..., a, pour motiver son avis

---

(1) Voir cet arrêté du Conseil d'Etat *in extenso*, *Bull. de la Ligue des Droits de l'Homme* du 31 mai 1910. L'arrêté est du 25 fevrier.

tendant à la révocation de ce fonctionnaire, fait état de griefs autres sur lesquels l'intéressé n'avait pas été appelé à s'expliquer ; qu'ainsi il n'a pas été satisfait aux prescriptions de l'article 19 ci-dessus rappelé du décret du 6 avril 1900, et que le sieur M.. est fondé à demander l'annulation du décret du 22 août qui a prononcé sa révocation, comme ayant été pris à la suite d'une procédure irrégulière. Décide : Art. 1er. — Le décret susvisé... est annulé (1).

La simple *irrégularité* dans les formes rend, en principe, susceptible d'annulation l'acte envisagé aussi bien que l'*omission*. Le Conseil d'Etat a manifesté, à ce point de vue, son opinion par une série de décisions.

Il a ainsi annulé les mises en réforme d'officiers de l'armée active prononcées par un Conseil d'enquête dont la composition était irrégulière. Cette irrégularité consiste en ce que :

Les membres du Conseil d'enquête ont été désignés non par le commandant de corps d'armée, mais par le général de division inspecteur permanent de la cavalerie (2) ;

Ou parce que les membres du Conseil n'ont pas été tous pris dans le régiment de l'inculpé (3) ;

---

(1) V. *Bulletin de la Ligue des Droits de l'Homme* du 10 novembre 1908

(2) Conseil d'Etat. Lamarque, 16 juillet 1886.

(3) Conseil d'Etat. Otto, 8 juillet 1892 ; Nouette, 11 janvier 1878.

Ou parce qu'un seul officier n'appartenant pas au régiment de l'inculpé a été appelé à siéger dans le Conseil, et qu'aucun empêchement de l'officier qui devait en faire partie n'a été constaté (1) ;

Ou bien parce que, bien que cet officier fût empêché, il restait dans le régiment des officiers supérieurs en nombre suffisant pour pourvoir à son remplacement (2).

Le Conseil d'Etat a encore annulé des décisions prises par des Conseils d'enquête dont les membres n'étaient pas les plus anciens du grade (3).

Ou lorsqu'il résulte du procès-verbal de la séance qu'une pièce communiquée par le ministre de la Guerre n'a pas été lue par le rapporteur (4) ;

Ou lorsqu'il n'a pas été donné connaissance à l'inculpé, avant sa comparution devant le Conseil d'enquête de l'objet pour lequel il était introduit devant ce Conseil (5).

Ou encore quand l'officier a été mis en réforme sur des faits autres que ceux en vue desquels le

---

(1) Conseil d'Etat. Lamarque, 28 mars 1885 ; Thile, 28 juillet 1881 ; Brun, 10 février 1882.

(2) Conseil d'Etat. Le Cadre, 27 novembre 1885 ; de Beville, 17 mai 1889.

(3) Conseil d'Etat. De Cosnac, 20 novembre 1874.

(4) Conseil d'Etat. Fauchoux, 27 décembre 1878.

(5) Conseil d'Etat. Varnucci, 11 janvier 1851.

Conseil d'enquête avait été régulièrment convoqué (1).

Le décret du 29 juin 1878, art. 7, prescrit que lorsqu'un officier est renvoyé devant un Conseil d'enquête, ce renvoi, s'il a été motivé par une plainte, oblige préalablement le colonel à transmettre celle-ci avec un rapport au général de brigade. Le général doit viser cette plainte et ce rapport *sans émettre d'opinion,* s'il en émet une, cette irrégularité entraîne l'annulation de la mise en réforme intervenue ensuite (Conseil d'Etat, 3 août 1900, D. 01. 3. 93) (2).

Les sous-officiers jouissent de garanties similaires, et le Conseil exige avec la même rigueur

---

(1) Conseil d'Etat. Milleran, 14 juin 1901.

(2) V. aussi Cons. d'Etat, 21 juin et 19 juillet 1907. D. P. 1908, 3, 114. L'arrêté dans lequel le ministre du Commerce met fin à une délégation dans les fonctions de professeur auxiliaire dans une école pratique d'industrie, constituant en réalité une révocation, est entaché d'excès de pouvoir pour violation de l'article 20 du décret du 22 février 1893, si l'intéressé n'a pas été entendu ou dûment appelé (1re espéce).

D'après l'article 20, paragraphe 1er du décret du 13 octobre 1851 et l'article 1er de l'arrêté du 1er septembre 1904 combinés, le retrait d'emploi des conducteurs des Ponts-et-Chaussées constitue une peine disciplinaire qui ne peut être prononcée qu'après avis du Conseil de discipline (2e espèce).

En conséquence, doit être annulée la décision du ministre des Travaux publics mettant un conducteur en retrait d'emploi, alors même que le ministre déclare qu'il n'entendait prendre à l'encontre de ce conducteur aucune mesure disciplinaire (2e espèce).

que toutes les formalités prescrites en leur faveur soient observées.

Ainsi la formalité de l'avis du Conseil d'enquête doit être suivie dans chaque cas, cet avis ne peut servir pour plusieurs fois. Aussi un sous-officier mis à la retraite d'office, puis ensuite réintégré, ne peut être ensuite rayé régulièrement des contrôles de l'armée sans l'avis d'un nouveau Conseil d'enquête (1).

De même est entachée de vice de forme la cassation d'un sous-officier qui n'a été informé que la veille qu'il devait passer, le lendemain matin à 10 heures, devant un Conseil d'enquête, car le délai franc de 24 heures n'a pas été ainsi observé (2) ;

Ou qui n'a pas été informé par écrit des motifs de la mesure, mais seulement avisé oralement (3) ;

Ou encore quand, contrairement à une disposition réglementaire, les officiers qui ont transmis au colonel la plainte du capitaine ont émis leur opinion (4).

Cette garantie de l'observation des formes, primitivement accordée aux quelques fonctionnaires privilégiés, a été progressivement étendue à d'autres fonctionnaires de plus en plus

---

(1) Conseil d'Etat. Aymé, 29 avril 1904.
(2) Conseil d'Etat. Criballet, 4 août 1889.
(3) Conseil d'Etat. Fontas, 13 novembre 1903.
(4) Conseil d'Etat. Bonifante, 3 août 1900 ; Guenot, 7 août 1903.

nombreux, qui ne peuvent être frappés d'une mesure disciplinaire ou révoqués que dans certaines formes, à l'accomplissement desquelles le Conseil d'Etat veille avec la même attention.

Les fonctionnaires des administrations centrales des ministères et tous les autres agents protégés par de nombreux décrets récents, jouissent des mêmes garanties. C'est ainsi qu'un bibliothécaire du ministère de la Marine a fait annuler sa révocation prononcée en violation de dispositions réglementaires, sans qu'il ait été entendu dans ses moyens de défense, et sans que le Conseil des directeurs ait été appelé à donner son avis (1).

Le vice de forme n'est pas seulement réservé aux fonctionnaires de la métropole, il peut être aussi utilement invoqué par les fonctionnaires coloniaux dont la révocation par exemple doit être précédée de certaines formalités.

C'est ainsi qu'un garde-magasin révoqué invoque avec succès l'irrégularité du Conseil d'enquête, qui ne comprend pas un membre de son grade (2), et un contrôleur des douanes en Indo-Chine, l'absence complète de l'avis du Conseil d'enquête (3).

Remarquons que quand une annulation est

---

(1) Conseil d'Etat. Sauvage, 30 janvier 1903 ; Mazel, 29 mars 1906.

(2) Conseil d'Etat, Dussert, 19 février 1886.

(3) Conseil d'Etat. Vessiot, 10 mai 1901.

prononcée pour vice de forme, cette annulation ne produit souvent qu'un effet momentané vis-à-vis du fonctionnaire, car l'administration est toujours libre de révoquer le lendemain son agent, mais à la condition, bien entendu, de respecter les formes, sans quoi le Conseil d'Etat, très persévérant, annulerait la nouvelle décision.

C'est ainsi qu'un greffier-notaire près d'un tribunal du Congo avait fait annuler le décret qui le révoquait, car il n'avait été pris que sur la proposition du ministre des Colonies ; or, ayant été nommé sur la proposition du ministre des Colonies et du ministre de la Justice, il ne pouvait être révoqué que dans les mêmes formes. Réintégré à la suite de cette annulation, il fut de nouveau révoqué, mais encore irrégulièrement, et il obtint l'annulation de cette nouvelle mesure qui avait été prise sans l'avis préalable d'une Commission (1).

Dans sa constatation du vice de forme, le Conseil d'Etat se reconnaît un pouvoir très étendu, il ne se borne pas à constater l'apparence donnée à l'acte. Nous retrouvons, en effet, pour le vice de forme, les mêmes procédés employés par l'administration pour le vice d'incompétence, pour essayer de se soustraire à des formalités gênantes. Procédé qui consiste à qualifier un acte de révocation du nom d'une

(1) Conseil d'Etat. Carrière, 19 mai 1905

autre mesure pour laquelle les formalités ne sont pas exigées.

C'est un procédé qui a été employé vis-à-vis des officiers. On sait que ceux-ci ne peuvent être frappés disciplinairement qu'après l'avis d'un Conseil d'enquête, mais d'autre part, il appartient au chef de l'Etat de mettre à la retraite d'office tous les officiers, non généraux, qui ont accompli 30 ans de service, et cela discrétionnairement et sans aucune formalité.

On voit tout de suite le genre d'abus qui a pu se produire.

L'administration qui veut révoquer un officier, et se soustraire aux formalités gênantes exigées pour la mise en réforme, se contentera de mettre cet officier à la retraite d'office, ce qui aboutira pour lui à peu près au même résultat.

Ainsi a été annulé le décret qui prononçait la mise à la retraite d'office d'un colonel, parce que cette décision, prise sans l'avis d'un Conseil d'enquête, était entachée d'excès de pouvoir. Car, a dit à juste titre le Conseil d'Etat, s'il appartient au chef de l'Etat de prononcer la mise à la restraite des officiers qui ont 30 ans de service, « il ne peut fonder sa décison sur des motifs qui lui donnent, comme dans l'espèce, le caractère d'une pénalité contre laquelle le requérant n'a pas été appelé régulièrement à présenter ses moyens de défense. » (1)

---

(1) Conseil d'Etat. Ledochouski, 19 juin 1903.

L'administration a essayé d'user du même procédé vis-à-vis des fonctionnaires civils. Les agents des ministères, protégés par des dispositions réglementaires, ne peuvent être révoqués qu'après l'avis d'un Conseil, tandis qu'ils peuvent être mis à la retraite sans aucune formalité, quand ils remplissent les conditions énumérées par la loi. Et naturellement, l'administration cherche à user de la seconde mesure.

Ainsi un sous-directeur au ministère de la Marine, admis à faire valoir ses droits à la retraite, attaquait cette décision en alléguant que son emploi n'ayant pas été supprimé, il ne pouvait être admis à faire valoir ses droits à la retraite pour suppression d'emploi, et que, d'autre part, ayant moins de 60 ans d'âge, il n'avait pas droit à une pension de retraite pour ancienneté. Le Conseil d'Etat a admis cette thèse et annulé la mesure en proclamant que le requérant ne pouvait être mis à la retraite puisqu'il ne remplissait pas les conditions légales nécessaires, et que dès lors « la mesure prise à son égard était de nature à produire les effets d'une révocation, et qu'il était dès lors fondé à demander l'annulation de cette décision prise en violation des formalités prescrites par le décret du 30 mai 1896. » (1)

Voici encore un exemple curieux de ce procédé,

(1) Conseil d'Etat. Toutain, 2 décembre 1898 ; Marin, 19 novembre 1897.

employé vis-à-vis d'un fonctionnaire colonial : c'est un contrôleur civil que le résident général à Tunis déclare démissionnaire, mesure qui n'exige aucune formalité, mais qui ne peut intervenir que lorsqu'elle a été demandée par le fonctionnaire lui-même ; ce qui n'était pas le cas dans l'affaire, car le requérant avait refusé de donner sa démission. La décision a été annulée pour vice de forme (Zickel, 21 avril 1893).

On voit donc que le Conseil d'Etat, dès qu'il se trouve en présence d'une décision faussement qualifiée, n'hésite pas à lui rendre son véritable caractère et à l'annuler quand elle est prise en violation des formes prescrites. Seulement, il se présente souvent une difficulté en cette matière qui vient limiter ses pouvoirs. Difficulté qui résulte de la preuve à faire de la fausse qualification de l'acte. Car le Conseil d'Etat, respectueux des prérogatives de l'administration active, ne se contente pas de pures affirmations de fait apportées par le requérant, il exige que cette preuve soit contenue dans l'une des pièces du dossier, qu'elle résulte des termes de la décision, ou de l'instruction de l'affaire.

Il n'y a pas de difficulté quand les termes employés dans la décision indiquent nettement l'intention de son auteur.

C'est ainsi que dans l'arrêt Ledochowsky (19 juin 1903), que nous avons étudié précédemment, il avait été donné connaissance au colonel, dans le rapport du ministère de la Guerre, que

sa mise à la retraite d'office avait été prononcée à raison de certaines irrégularités que l'autorité supérieure avait cru devoir relever dans l'administration de son régiment. Ce qui a permis au Conseil d'Etat de s'apercevoir que la prétendue mise à la retraite était une véritable mesure disciplinaire, prise en violation des formes.

Mais, remarquons-le, le président de la République avait tous pouvoirs pour mettre le colonel à la retraite, et sans donner aucun motif. Et le colonel, faute de preuve, n'aurait pu faire annuler cette décision.

C'est ce qui s'est produit dans un cas semblable, à propos d'un colonel mis à la retraite d'office, pour une raison disciplinaire. Mais l'administration, avertie en 1903 par l'arrêt Ledochowsky, s'était montrée plus prudente en 1906 en ne donnant aucun motif à sa décision, ce qui la rendait inattaquable, faute de preuve, car, a dit le Conseil d'Etat, « il ne résulte ni des termes de la décision, ni d'aucune pièce du dossier, qu'en prenant la mesure dont se plaint le colonel, le Président de la République ait entendu prononcer une peine contre cet officier ; que dès lors le colonel n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision. » (1)

Ainsi donc, à défaut de preuve contraire faite par le requérant, la décision prise sans motifs est présumée régulière.

---

(1) Conseil d'Etat. Colonel de Quinemont, 29 févr. 1906.

Le requérant se heurte à la même difficulté de preuve, quand il lui faut prouver, non plus que la mesure a été faussement qualifiée, mais simplement que les formalités exigées n'ont pas été accomplies.

Sans doute il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'ordonner la production de toutes pièces et documents utiles, et de provoquer, s'il y a lieu, toute investigation par la voie administrative. Et nous voyons que le Conseil d'Etat use de ce pouvoir.

C'est ainsi qu'il a, pour décider si un officier devait être traduit devant un Conseil d'enquête, de régiment ou de région, recherché si cet officier employé à un service spécial était ou non détaché de son régiment (1) ; si un escadron envoyé en Algérie relevait, au point de vue de la discipline intérieure, du corps d'armée auquel appartenait le régiment ou de la division à laquelle l'escadron était temporairement attaché (2). De même pour reconnaître si un Conseil d'enquête était régulièrement composé, il a dû rechercher si l'un des membres, remplacé comme empêché, était dans un cas réel d'empêchement ou d'absence (3), s'il y avait dans le régiment de l'inculpé des officiers

---

(1) Conseil d'Etat. Nouette, 11 janvier 1887 ; Detry, 24 juin 1883.

(2) *Ibid.* Boullenot, 17 juillet 1885.

(3) Conseil d'Etat. Brun, 10 février 1882 ; Hinault, 7 août 1891.

du grade voulu en nombre suffisant pour qu'on fût dispensé de recourir à ceux d'un autre régiment (1).

Mais si le Conseil d'Etat se permet ces constatations de fait, il ne va pas plus loin dans cette voie, et il exige du fonctionnaire requérant les preuves absolues de ses allégations quand par exemple il soutient, contrairement aux mentions d'un procès-verbal, que les formalités n'ont pas été accomplies. Quand il se trouve en face d'allégations contradictoires entre le fonctionnaire et l'administration, et quand dans l'instruction de l'affaire, il ne trouve aucune pièce lui permettant de faire sa conviction, il se refuse à faire des recherches de fait, et il présume que l'administration dit la vérité, à défaut de preuve contraire faite par le requérant.

C'est ainsi qu'il rejette le recours d'un officier prétendant que lecture ne lui aurait pas été donnée de toutes les pièces transmises par le ministre au Conseil d'enquête, en lui objectant « qu'il n'apporte aucune justification à l'effet d'établir que, contrairement aux énonciations formelles du procès-verbal du Conseil d'enquête, il ne lui aurait pas été donné lecture de toutes les pièces transmises à ce Conseil par le ministre. » (2)

Le Conseil d'Etat se montre, par contre, assez

(1) *Ibid.* Le Cadre, 27 novembre 1885 ; Otto, 6 juill. 1892.
(2) *Ibid.* Maupoux, 16 mai 1902.

facile en matière de preuve, et décide qu'une preuve matérielle n'est pas indispensable, et qu'il suffit que l'administration ne nie pas les allégations du requérant.

C'est ainsi qu'un militaire commissionné, mis à la retraite d'office, demandait l'annulation de cette mesure, en se fondant sur l'irrégularité de la composition du Conseil d'enquête. Le Conseil d'Etat lui a donné gain de cause, car « le ministre n'a pas contredit les allégations du requérant, et que, par suite, il y a lieu de les considérer comme justifiées ». (1)

Si le Conseil d'Etat, malgré sa bienveillance vis-à-vis des fonctionnaires, se voit quelquefois obligé de rejeter leurs requêtes, c'est souvent moins pour manque de preuve que parce que les requérants se sont fait illusion sur le bien fondé de leur réclamation. Il est ainsi souvent amené à rejeter leur pourvoi soit parce que les formalités exigées ont été suivies, soit parce que la formalité n'est pas expressément prévue par le texte, soit enfin parce que le fonctionnaire requérant n'est pas de ceux qui y ont droit.

Des Formalités prescrites par des Circulaires et Instructions Ministérielles

L'irrégularité doit porter sur des *prescriptions légales* ou *réglementaires*. Une simple

(1) Conseil d'Etat. Finet, 4 août 1903.

circulaire ministérielle, un simple arrêté ne permettraient pas l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir au cas d'inobservation des formes dont ils contiendraient la prescription. Ainsi, le 30 juin 1853 (affaire Dumas), le Conseil d'Etat refusait d'annuler la mise à la retraite d'office d'un officier, bien que cette mise à la retraite n'ait pas été précédée de propositions et avis prévus par des instructions du ministre de la Guerre. Le Conseil d'Etat prenait également la même attitude, le 14 décembre 1883 (Lacroix, v. Labbé 83, 927), dans une espèce relative, il est vrai, à un officier ministériel, mais dans laquelle les principes proclamés sont les mêmes que dans l'espèce précédente.

Le libéralisme du Conseil d'Etat et son souci de protection des fonctionnaires contre l'arbitraire est même allé au delà. Il a décidé, en effet, que toutes les fois que les *prescriptions même inscrites dans de simples circulaires ou instructions hiérarchiques pouvaient être considérées comme prises en exécution de dispositions réglementaires, leur inobservation entraînait la nullité.* Comme il sera très souvent facile de rattacher ces instructions à un décret quelconque, on sent toute l'importance que comporte le principe proclamé par le Conseil d'Etat, puisque le nombre des cas où sa protection pourra être invoquée est ainsi multiplié considérablement. Voici, en effet, comment il a statué dans l'espèce suivante : il s'agissait d'un rédacteur au minis-

tère de la Guerre qui avait réclamé l'annulation d'une décision du ministre arrêtant au 16 mai 1907 le tableau d'avancement du personnel civil de l'administration centrale de ce ministère : « Attendu, disait le demandeur, que ce tableau eut dû réglementairement être arrêté à la fin de l'année 1906, et que, s'il l'avait été à cette date, le requérant y eut sans doute figuré, parce qu'il était proposé en ordre utile par le directeur de l'intendance en fonctions en 1906, tandis qu'il a été écarté du tableau dressé en mai 1907, par l'effet de notes données par un nouveau directeur ; que le Conseil des directeurs, appelé à donner son avis sur le tableau attaqué, était composé irrégulièrement, le directeur du contrôle y étant remplacé par un de ses subordonnés, et les directeurs de l'infanterie et de l'intendance en exercice en 1907 y ayant siégé pour apprécier les services rendus par le personnel en 1906, avant leur entrée en fonctions ; qu'à la direction de l'intendance dont fait partie le requérant, les propositions du directeur ont été arrêtées dans une conférence à laquelle n'assistaient pas les chefs de bureau de la sous-direction ; que le tableau a été dressé sur l'ensemble du ministère au lieu de l'être par directions. »

Ce qui faisait la difficulté était que la presque totalité des prescriptions, de la violation desquelles le demandeur se plaignait, n'étaient inscrites que dans de simples instructions ministérielles.

Le Conseil d'Etat a néanmoins décidé ce qui suit, à la date du 6 août 1909 (1) (nous ne donnons que les considérants directement intéressants au point de vue que nous envisageons en ce moment) :

« Sur le moyen tiré de ce que les propositions du directeur de l'intendance n'ont pas été régulièrement préparées :

« Considérant que, aux termes de l'art. 1er de l'instruction du 19 octobre 1906, relative à l'établissement des tableaux d'avancement concernant le personnel civil de l'administration centrale du ministère de la Guerre, les directeurs réunissent en conférence les sous-directeurs et les chefs de bureau, examinent avec eux les titres à l'avancement de leurs candidats respectifs, arrêtent en leur présence et leur font connaître les numéros de préférence qu'ils inscrivent sur l'état de fusionnement ;

« Considérant que le ministre de la Guerre reconnaît, dans les observations qu'il a présentées sur le pourvoi, qu'à la direction de l'intendance, le directeur nommé en 1907 a fait seul et sans observer les règles ci-dessus rappelées, des modifications à la liste de propositions arrêtée par son prédécesseur ;

« Mais qu'il soutient *que l'inobservation des prescriptions de l'instruction ministérielle, à la*

---

(1) Texte *in-extenso* dans *Bulletin de la Ligue des Droits de l'Homme* du 31 mai 1910.

différence de celle d'un texte législatif ou réglementaire, ne peut servir de base à un recours pour excès de pouvoir ;

« Considérant que l'instruction ministérielle ci-dessus rappelée *a eu pour but d'assurer l'exécution du décret du* 29 *juillet* 1899 et de donner des garanties au personnel de l'administration centrale du ministère ; qu'ainsi le requérant est fondé à prétendre, contrairement à l'opinion du ministre, que la méconnaissance des prescriptions qu'elle a édictées n'engage pas seulement la responsabilité du directeur vis-à-vis du ministre, mais constitue en outre une atteinte aux droits du personnel ;

« Considérant que, de ce qui précède, il résulte que le tableau d'avancement du personnel civil de l'administration centrale pour l'année 1907 a été irrégulièrement dressé en ce qui concerne les rédacteurs, et que par suite, la décision du 16 mars 1907 par laquelle le ministre de la Guerre l'a arrêté, est, à leur égard, entachée d'excès de pouvoirs.

« Décide :

« Article 1er. — Est annulée la décision du ministre de la Guerre, en date du 16 mai 1907, arrêtant le tableau d'avancement du personnel civil de l'administration centrale du ministère de la Guerre en ce qui concerne les rédacteurs qui y sont inscrits. »

CHAPITRE III

LA GARANTIE GÉNÉRALE APPLICABLE A TOUS LES FONCTIONNAIRES : LA COMMUNICATION DU DOSSIER (Art. 65 de la loi du 22 avril 1905).

Nous devons maintenant entrer dans l'étude d'une garantie d'un ordre général, en ce sens qu'elle s'applique à l'ensemble des fonctionnaires.

Le législateur a commencé, durant ces dernières années, à se préoccuper du remède à apporter à la crise du fonctionnarisme et surtout de restreindre, sinon d'empêcher l'intrusion de la politique et du régime de la recommandation au sein de l'administration. Frappé des conséquences fâcheuses de ce régime, qui a été mainte fois flétri avec véhémence à la tribune, le législateur de 1905 a jugé bon d'apporter un palliatif au mal que nous signalons.

Il a voulu détruire cette pratique abusive qui s'était fait jour au sein de certaines administrations, de la constitution de dossiers secrets concernant les fonctionnaires. A côté du dossier officiel contenant les notes et états de services de

l'agent, et qui doit être consulté lorsque une récompense, de l'avancement, ou des mesures disciplinaires sont prises à son égard, il s'était constitué des dossiers secrets, qui étaient en réalité les seuls consultés et dans lesquels des motifs d'indulgence ou de sévérité étaient mentionnés pour des raisons inavouables et étrangères à la conduite professionnelle de l'agent.

C'est à la suite de ces révélations que M. Sembat, député socialiste, déposait le 21 avril 1905 sur les bureaux de la Chambre une proposition de loi conférant à tout fonctionnaire le droit d'obtenir à toute époque la communication de son dossier. Cette proposition prenait la forme d'un article que la Chambre, selon sa fâcheuse habitude, insérait dans la loi de finances, alors en discussion. Cet article était ainsi conçu : « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier. »

M. Sembat expliquait à la Chambre le but de sa proposition en ces termes : « L'idée dont nous nous inspirons, c'est l'administration au grand jour, c'est le chef prenant sa responsabilité, c'est cette idée qu'un homme qui accepte d'être le chef d'autres hommes ne doit pas seulement avoir des qualités intellectuelles et des connais-

sances professionnelles, mais doit en outre avoir du caractère. Or, ce caractère exige que tout chef qui a un reproche à formuler à l'encontre de son inférieur, ait assez d'énergie pour le formuler et lui dire en face : « Voici le grief que j'ai contre vous ; voici en quel point votre service est défectueux ; voici ce que vous avez en vous à réformer. » L'homme qui abrite sa timidité, sa faiblesse hypocrite derrière le secret administratif se montre indigne d'être un chef. »

L'intention de M. Sembat était excellente. Il voulait que les fonctionnaires ne fussent pas lésés dans leurs intérêts professionnels en vertu de documents qu'ils ne connaissent pas et contre lesquels ils ne peuvent se défendre. L'idée était excellente en soi, mais le remède proposé était trop radical et dépassait le but. Il n'était pas nécessaire que le fonctionnaire pût, à tout propos et sans motif légitime, réclamer la communication de son dossier. Il suffisait qu'il pût l'exiger avant d'être frappé d'une mesure disciplinaire et qu'il pût se défendre. La communication à tout instant et à tout propos n'allait-elle pas enrayer la marche des services publics, susciter des conflits constants entre les chefs et leurs subordonnés ? Le gouvernement aurait été dans l'impossibilité d'appliquer à la lettre cette mesure. La Chambre ne semblait pas s'être rendu compte de ces difficultés, mais au Sénat de vives protestations s'élevèrent pour défendre les principes d'une bonne administration et de la

discipline. Estimant que la proposition était trop grave pour être ainsi résolue au pied levé, la haute assemblée disjoignit la clause de la loi de finances. Mais comme la Chambre tenait bon et que la question s'éternisait, le Sénat finit par céder en partie. Un projet transactionnel qui ne donnait aux fonctionnaires le droit à la communication de leur dossier qu'en cas de mesure disciplinaire prise à leur encontre, fut présenté par M. le sénateur Milliés-Lacroix. C'est ce projet qui est devenu l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905.

Cet article est ainsi conçu : « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques, et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté. »

On voit de suite combien ce texte est général tant quant au personnel auquel il s'applique, que quant aux cas qui donnent lieu à son application.

Le texte de l'article 65 devait laisser à la jurisprudence une large part d'interprétation, car il est laconique et assez mal rédigé. Depuis sa promulgation un certain nombre d'arrêts ont déjà été rendus par le Conseil d'Etat qui a élucidé les principales difficultés qui se présentent

dans l'interprétation de cet article. C'est en nous aidant de ces décisions jurisprudentielles que nous allons étudier la portée d'application de l'article 65.

1° *En quoi consiste l'obligation de la communication ?*

Une première question qui devait se poser au lendemain du vote de la réforme était celle de savoir si la communication du dossier devait être faite d'office par le chef de service ou si c'était à l'agent révoqué à la réclamer.

Le professeur Jèze, étudiant la question en 1905, au lendemain du vote de la loi, (1) estimait que le législateur avait voulu exiger de l'Administration l'obligation d'une communication d'office. Et il appuyait son opinion tant sur l'intention de la majorité du Parlement que sur le texte de l'article dont les derniers mots portent que « tous les fonctionnaires... ont droit à la communication.... avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire.... »

« C'est que, disait M. Jèze, l'Administration supérieure doit avertir les fonctionnaires qu'ils vont être frappés et leur en dire les vrais motifs. Le texte ne peut donc s'interpréter que comme formulant cette garantie que d'office tout le dossier devra être communiqué à l'agent préala-

(1) Pour cette étude, voir Revue du droit public et de la science politique, année 1905.

blement à la mesure dont il va être l'objet et comme motifs de cette mesure. »

Telle paraissait bien être aussi l'opinion du Parlement. C'est cependant la thèse inverse qui a prévalu devant le Conseil d'Etat. Celui-ci s'est montré, comme toujours, soucieux de concilier à la fois les droits reconnus aux fonctionnaires, et les nécessités imposées par les difficultés d'une administration comme la nôtre. Il a pensé qu'il était inutile de contraindre l'administration à communiquer d'office le dossier à chaque fonctionnaire toutes les fois que celui-ci est frappé de l'une des mesures prévues par la loi. Il est encore heureusement un grand nombre de cas où la mesure disciplinaire est absolument justifiée et où l'intéressé, qui le sait, ne pense pas à se plaindre et à réclamer son dossier. La communication d'office dans tous les cas eut abouti à des pertes de temps, à des dérangements parfaitement inutiles au sein de l'administration. Le droit du fonctionnaire sera suffisamment garanti, s'il se juge injustement frappé, par la possibilité de réclamer la communication de son dossier qui ne pourra lui être refusée. Le Conseil d'Etat a décidé que c'était à l'agent, à l'intéressé à faire diligence. La seule obligation qui reste à la charge de l'administration, c'est de faire la communication quand elle lui est demandée et aussi d'avertir au préalable l'agent qu'il va être frappé, avertissement qui équivaut à une mise en demeure et est indispensable pour permettre

au fonctionnaire d'exercer, s'il lui convient, son droit à communication et de préparer ses moyens de défense.

Quelques arrêts du Conseil d'Etat ont fait des applications intéressantes de ce principe. Le Conseil admet que l'article 65 a été suffisamment respecté, quand le fonctionnaire invité par l'administration à prendre connaissance de son dossier, *s'y est refusé ou a simplement gardé le silence.*

C'est ainsi qu'un secrétaire général de préfecture, relevé de ses fonctions, attaque la décision qui le frappe comme prise en violation de la loi de 1905 (1) ; mais le Conseil d'Etat remarque que dans ses observations sur le pourvoi, le ministre de l'Intérieur a fait connaître que, contrairement à ses déclarations, l'intéressé a été invité à prendre connaissance de son dossier et *qu'il s'y est refusé.* Et le requérant n'ayant fait aucune objection à la réponse du ministre, le Conseil décide que : « Dans ces circonstances le sieur Busoni n'est pas fondé à soutenir qu'il n'a pas été procédé régulièrement à son égard et à demander en conséquence l'annulation de la décision qui l'a relevé de ses fonctions. »

De même le Conseil d'Etat rejette le pourvoi d'un instituteur, car « il résulte de l'instruction que le ministre de l'Instruction Publique a offert

---

(1) Conseil d'Etat. Busoni, 21 février 1908.

au sieur Guéry communication de son dossier et que le requérant a décliné cette offre. » (1)

Ainsi donc le Conseil d'Etat admet qu'il n'y a pas eu violation de la loi quand l'administration, ayant offert à son agent la communication de son dossier, celui-ci s'y refuse d'une façon expresse. Faisant un pas de plus dans cette voie, le Conseil devait admettre qu'un refus tacite est suffisant. Il a décidé que quand un certain délai s'est écoulé entre le jour où l'intéressé a été averti de la mesure qui le menace et le jour où la révocation a été prononcée, si le fonctionnaire ne réclame pas pendant ce temps la communication de son dossier, il ne pourra plus se plaindre ensuite que cette communication ne lui a pas été faite.

C'est là, il faut le reconnaître, une règle très équitable, qui a pour but de mettre fin le plus tôt possible au conflit qui existe entre l'agent qui va être frappé et son supérieur, tout en sauvegardant les droits de l'inférieur.

L'administration a fait tout son devoir en avertissant le fonctionnaire et en lui laissant le temps nécessaire pour exercer son droit. C'est à lui à faire diligence en réclamant son dossier. S'il ne le fait pas, il ne pourra plus se plaindre et n'aura à s'en prendre qu'à lui-même.

Quant à la durée de ce délai qui doit être accordé au fonctionnaire, elle ne peut être fixée

---

(1) Conseil d'Etat. Guéry, 22 mai 1908.

d'une façon précise, c'est un délai moral susceptible de varier avec les circonstances et qui est laissé à l'appréciation du juge.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 25 juin 1909, a ainsi rejeté la requête d'un fonctionnaire, qui, averti de la mesure disciplinaire qui le menaçait, n'avait pas, dans un certain délai qui lui avait été accordé dans ce but, réclamé la communication de son dossier.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un instituteur déplacé d'office. Averti par une lettre du préfet, en date du 11 juillet 1906, de la mesure qui le menaçait, il n'a été frappé que le 19 juillet et n'a pas dans l'intervalle, réclamé la communication de son dossier. Le Conseil d'Etat décide que « le sieur Sambat, qui a eu un délai suffisant pour réclamer la communication de son dossier, n'est pas fondé à soutenir que l'arrêté du préfet a été pris en violation des droits qu'il tient de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. (1)

Ainsi donc le Conseil d'Etat rejette les requêtes des fonctionnaires quand ceux-ci, avertis de la mesure disciplinaire qui va les frapper, et mis en demeure de réclamer leur dossier dans un certain délai, ont négligé d'exercer leur droit. Mais il exige par contre de l'administration qu'elle avertisse l'agent d'une façon expresse de la mesure qui le menace ; et à défaut de cet aver-

---

(1) Conseil d'Etat. Sambat, 25 juin 1909.

tissement, l'agent ne peut être considéré comme mis en demeure d'exercer son droit. Il considère qu'il n'y a pas un avertissement suffisant dans le fait par l'administration supérieure de demander simplement à un fonctionnaire des explications sur certains actes qui lui étaient reprochés (1).

Nous venons de voir en quoi consistait exactement cette communication du dossier, nous devons nous demander maintenant à qui incombe cette communication et qui peut la réclamer.

2° *A qui incombe l'obligation de la communication ?*

La réponse est simple : c'est, dans chaque administration, au chef suprême qu'il appartient de communiquer son dossier au fonctionnaire qui le réclame. Ce chef, ce sera tantôt un ministre, tantôt un directeur général, tantôt un préfet, un maire ou un simple directeur. C'est ce chef qui centralise les dossiers dans son cabinet, et c'est contre lui qu'en cas de refus de communication, le pourvoi devra être porté devant le Conseil d'Etat.

Rappelons que le Conseil d'Etat se confinant dans son rôle de juge de l'excès de pouvoir, et ne voulant pas empiéter sur les attributions de l'administration active, ne pourra jamais ordonner lui-même la communication du dossier. Ce

(1) Conseil d'Etat. Serres, 5 décembre 1908.

principe général a été expressément rappelé dans un arrêt Rossi (1) : « Considérant que s'il appartient au Conseil d'Etat de reconnaître le droit du requérant à obtenir la communication de son dossier et d'annuler la décision du ministre qui la lui a refusée, il ne lui appartient pas d'ordonner lui-même cette communication. »

3° *Qui peut réclamer cette communication?*

La loi a employé à ce sujet une formule très générale : « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes les administrations publiques... »

Le législateur a donc voulu étendre sa garantie à tous. Il a voulu, par cette énumération, empêcher la jurisprudence de faire des distinctions entre les fonctionnaires pour l'application de la loi.

La garantie de l'article 65 s'applique donc aux militaires, officiers et sous-officiers (2) et à tous les fonctionnaires civils non seulement de l'Etat, mais aussi des départements, des communes et des établissements publics.

La question paraît plus douteuse pour les *fonctionnaires coloniaux,* et il semble même, à s'en tenir au texte de l'article, que le législa-

---

(1) Conseil d'Etat. Rossi, 22 novembre 1907.

(2) V. Conseil d'Etat. Manet, 22 février 1907 ; Rossi, 22 novembre 1907.

teur n'ait pas eu la moindre idée de leur étendre cette garantie. Mais le gouvernement et à sa suite le Conseil d'Etat ont pensé qu'il était équitable de leur conférer aussi le bénéfice de l'article 65.

Le ministre des Colonies, par deux circulaires des 18 avril et 6 décembre 1907, a formellement reconnu aux fonctionnaires coloniaux le droit d'obtenir communication de leurs dossiers.

Il est encore une autre catégorie de fonctionnaires vis-à-vis desquels l'application de la loi de 1905 peut prêter à difficulté, ce sont ceux qu'on qualifie de *fonctionnaires politiques*. On pourrait prétendre qu'à raison de la nature spéciale de leurs fonctions, ces fonctionnaires sont à la discrétion absolue et arbitraire des ministres au pouvoir qui peuvent les révoquer ou les frapper d'une mesure disciplinaire à tout instant et sans aucune explication. Le législateur de 1905, par la généralité de son texte, paraît pourtant n'avoir pas voulu faire d'exception. Nous ne voyons, quant à nous, aucun inconvénient sérieux à accorder la communication de leurs dossiers aux fonctionnaires politiques.

La jurisprudence administrative n'a pas eu encore à se prononcer nettement sur cette question. Elle semble cependant avoir donné une réponse implicite dans un arrêt du 28 février 1908. Un sous-préfet ayant été versé par un arrêté du ministre de l'Intérieur dans le service de l'inspection de l'assistance publique, avait

attaqué cette décision comme prise en violation de l'article 65. Le ministre de l'Intérieur répondait au pourvoi par une fin de non-recevoir, en prétendant que cet article n'était pas applicable aux sous-préfets.

Le Conseil d'Etat n'a pas fait allusion dans son arrêt (1) à ce motif invoqué, il a rejeté le pourvoi du requérant, mais pour un autre motif. Il a admis que la loi de 1905 n'était pas applicable, parce que le requérant avait accepté la mutation qu'il attaquait. Mais il nous semble qu'il y a dans cet arrêt une réponse implicite. Du moment que le Conseil d'Etat admet que l'acceptation du fonctionnaire suspend l'application de la loi de 1905, c'est qu'il admet que cette loi s'applique aux sous-préfets et à tous les autres fonctionnaires politiques.

Ainsi donc la garantie de l'article 65 est très générale et susceptible de s'appliquer à tous les fonctionnaires sans exception.

4° *Comment se fait la communication ?*

La loi dit que la communication doit être personnelle et *confidentielle*. Elle entend par là que c'est au fonctionnaire lui-même qu'il incombe de venir prendre communication de son dossier ; et que cette communication doit se faire sur place et sans déplacement.

---

(1) Conseil d'Etat. Franco, 28 février 1908.

Il semble aussi, à s'en tenir à l'interprétation stricte de la loi qui exige que la communication soit personnelle, que le fonctionnaire ne peut se faire assister d'un avocat, d'un conseil, ou envoyer, à sa place, un mandataire.

C'est certainement là une mesure un peu rigoureuse au cas où le fonctionnaire se trouverait empêché de venir lui-même, par exemple en cas de maladie.

Une autre conséquence regrettable semble devoir découler de ce caractère de la communication, à savoir qu'il faut refuser aux associations de fonctionnaires le droit, à ce seul titre, de réclamer la communication des dossiers de leurs membres ; ce qui leur serait certainement très utile comme mesure d'information. L'association ne pourra même pas réclamer cette communication en agissant comme mandataire de l'agent.

Toutes ces questions, d'ailleurs, n'ont pas encore été, à notre connaissance, jusqu'ici tranchées par la jurisprudence.

Mais ce qu'a, par contre, décidé le Conseil d'Etat, c'est que ce caractère « personnel et confidentiel » de la communication empêchait le fonctionnaire de *prendre copie* des notes et différentes pièces contenues dans son dossier.

Ceci résulte d'un arrêt très explicite rendu le 22 mai 1908 : « Il résulte de l'instruction et il n'est pas contesté que le sieur Caussé a reçu communication des pièces de son dossier. A la vérité, il n'a pas été admis à en prendre copie.

Mais le droit à la communication du dossier ne comporte pas nécessairement, aux termes de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, le droit d'en prendre copie (1). »

5° *A quel moment doit avoir lieu la communication ?*

La loi dit que le dossier doit être communiqué au fonctionnaire avant qu'il ne soit frappé. Elle n'indique aucun délai précis à ce sujet. Ce délai doit être moral et variable avec les circonstances.

Tout ce que la loi exige, c'est que la communication soit antérieure à la mesure disciplinaire pour permettre au fonctionnaire de se défendre. Autrement l'esprit de la loi serait violé, et l'agent frappé pourrait faire annuler la mesure pour excès de pouvoir.

Il en a été ainsi décidé pour un inspecteur de l'enseignement primaire, qui, sans avoir pu obtenir la communication de son dossier, avait été déplacé d'office.

Le Conseil d'Etat a annulé la décision du ministre : « Il résulte de l'instruction qu'à la suite de la notification qui lui a été donnée de la mesure prise à son égard, le sieur Nicol a réclamé la communication de son dossier et que sans qu'il ait été donné satisfaction à sa demande, il a reçu l'injonction de rejoindre son nouveau poste ;

(1) Conseil d'Etat, Caussé, 22 mai 1908.

que, dans ces conditions, le sieur Nicol est fondé à soutenir que la décision du ministre a été rendue en violation de la mesure législative ci-dessus rappelée et à demander l'annulation pour excès de pouvoir (1). »

A ce sujet, une question se pose : on peut se demander si l'administration, s'apercevant après coup qu'elle a fait erreur, en refusant à un fonctionnaire la communication de son dossier, dans un cas où cette formalité s'impose, ne peut pas couvrir le vice dont sa décision est entachée, en recommençant la procédure, en annulant sa décision pour ne la confirmer que lorsque le fonctionnaire aura obtenu communication de son dossier.

La solution affirmative paraît équitable et non contraire au désir du législateur. Aussi a-t-elle été admise par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 22 mai 1908 ; il s'agissait d'un instituteur déplacé d'office, sans avoir obtenu communication de son dossier. Mais il résulte de l'instruction que sur la réclamation formulée par le sieur Guéry, à la suite de cette décision, le ministre a procédé à un nouvel examen de l'affaire ; le 22 décembre 1906, il a offert au sieur Guéry communication de son dossier et le requérant a décliné cette offre le 24 décembre. Alors seulement le ministre a, par sa lettre du 25 septembre,

---

(1) Conseil d'Etat. Nicol, 6 juillet 1906.

déclaré maintenir sa décision du 20 juillet précédent. Dans ces circonstances le requérant n'est pas fondé à soutenir que la décision du ministre a été rendue en violation de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. (1)

La solution est équitable et garantit suffisamment les droits du fonctionnaire.

Cette question de la communication des dossiers a été soulevée bruyamment au moment de la seconde grève des postiers du 12 au 18 mai 1909.

Le 12 mai, commence la seconde grève des postiers, à laquelle le gouvernement répond immédiatement par une fournée de révocations.

Quand la grève fut terminée et le calme rétabli, le gouvernement procéda à la réintégration d'un grand nombre des postiers révoqués. Parmi ceux qui ne jouirent pas de cette faveur, deux : les sieurs Winkel et Rozier pensèrent à attaquer pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat la mesure de révocation dont ils avaient été l'objet, en prétendant qu'ils avaient été privés à tort de la garantie que leur offrait l'article 65 de la loi de 1905, puisque l'administration n'avait pas, lors des révocations en bloc, donné communication de son dossier à aucun des grévistes frappés.

La question se posait donc devant le Conseil

---

(1) Conseil d'Etat. Guéry, 22 mai 1908

d'Etat de savoir si le gouvernement aurait dû, en révoquant les postiers qui s'étaient mis en grève, leur communiquer leur dossier conformément aux prescriptions de la loi du 22 avril 1905, et si l'omission de cette formalité ne constituait pas un vice de forme susceptible d'entraîner l'annulation des révocations prononcées.

Dans un arrêt longuement motivé, le haut Tribunal a rejeté le pourvoi des deux postiers.

Cet arrêt est ainsi conçu : (1)

« Le Conseil d'Etat,

« Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre les fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi ; que par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ; qu'en se mettant en grève, les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un

---

(1) Conseil d'Etat. Winkel, Rozier, 7 août 1909.

acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ; que dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats ;

« Considérant que le sieur Winckel ne conteste pas qu'il était au nombre des ouvriers du service des Postes qui étaient en grève au mois de mai 1909, et que pour demander l'annulation de l'arrêté par lequel le sous-secrétaire d'Etat a prononcé sa révocation, il se borne à alléguer que cette mesure a été prise sans qu'il ait reçu préalablement la communication de son dossier, en conformité de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ;

« Mais considérant qu'il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la généralité des termes de cet article, le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription ;

« Décide :

« La requête du sieur Winckel est rejetée ;

« Le Conseil, par les mêmes motifs, rejette la requête du commis Rozier. »

Ainsi donc le Conseil d'Etat déclare dans cet arrêt que toutes les garanties des fonctionnaires contre l'arbitraire du gouvernement n'existent

plus du jour où ceux-ci se révoltent illégalement, et mettent la vie nationale en péril en se mettant en grève.

De ce jour, le Conseil d'Etat, abandonnant les fonctionnaires, prend la défense du gouvernement au nom de l'intérêt public. C'est là, il nous semble, un avertissement utile donné aux fonctionnaires au cas où dans l'avenir ils seraient tentés de se mettre en grève.

6° *Sur quoi la communication porte-t-elle ?*

La loi exige la communication de « toutes notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier. » C'est donc une communication aussi complète que possible que le législateur a exigée pour calmer les appréhensions de certains, qui craignaient, non sans raison, que l'administration, pour éluder ce que la loi présentait de gênant pour elle, ne se mît à constituer des dossiers officieux et secrets, à côté de ceux à caractère officiel qu'on communiquerait aux fonctionnaires. Aussi a-t-il été admis, dans la discussion de la loi, que le dossier en entier serait communiqué et qu'il n'y aurait en dehors de lui aucune pièce, à caractère secret, qui en serait distraite.

La seule difficulté qui se pose à ce sujet est celle de savoir comment la loi pourra être respec-

tée, vis-à-vis des fonctionnaires pour lesquels *il n'est pas constitué de dossier ;* ce qui peut se produire accidentellement en cas de perte ou d'omission, mais aussi d'une façon habituelle pour certains fonctionnaires pour lesquels il n'est jamais constitué de dossiers, notamment les employés communaux.

Sera-ce là un motif suffisant pour permettre à l'administration de se soustraire aux prescriptions de l'article 65 ?

La thèse pouvait se soutenir, mais le Conseil d'Etat, toujours soucieux d'accorder aux fonctionnaires une plus grande garantie contre l'arbitraire, ne l'a pas admise. Il a interprété la loi en ce sens que le but poursuivi par le législateur, c'était qu'avant de frapper un fonctionnaire d'une mesure disciplinaire, l'administration devait avertir celui-ci des motifs précis de la mesure qui allait être prise contre lui et laisser s'écouler un délai suffisant pour qu'il puisse présenter ses moyens de défense : Ainsi le maire de Saint-Denis ayant relevé un sieur Baudelot de ses fonctions de professeur de gymnastique dans les écoles de la ville sans lui faire aucune communication relative à la mesure dont il était l'objet, le Conseil d'Etat a annulé cette décision en déclarant « qu'il n'y avait pas lieu de s'arrêter à l'affirmation du ministre de l'Intérieur, d'après laquelle il n'aurait pas existé de véritable dossier au nom du sieur Baudelot, et que ce dernier était fondé à soutenir qu'il

n'avait pas été satisfait aux prescriptions de la loi de 1905. » (1).

Nos diverses administrations auront donc toutes intérêt à composer des dossiers pour leurs fonctionnaires ; et si, comme certaines municipalités, elles négligent de le faire, elles ne pourront, par ce procédé trop simple, se soustraire aux prescriptions de la loi de 1905.

7° *Dans quels cas la communication est-elle obligatoire ?*

La loi énumère les diverses mesures prises à l'égard des fonctionnaires par leurs supérieurs qui leur donnent droit à la communication de leur dossier. Nous n'entrerons pas dans l'étude détaillée et complète de ces diverses mesures, étude qui ne présenterait pas d'ailleurs grand intérêt. Nous nous contenterons de quelques remarques générales.

Il nous suffira de constater que cette communication est toujours exigée en cas de mesure disciplinaire, et nous rappellerons ce que nous avons déjà dit, que l'*absence de dossier* n'était pas, aux yeux du Conseil d'Etat, un motif suffisant pour éluder la garantie de l'article 65 et quelle obligation subsiste en ce cas à la charge de l'administration.

De même, il n'a pas admis ce motif invoqué par l'administration, à savoir que la mesure avait

(1) Conseil d'Etat. Baudelot, 22 mai 1908.

été prise *dans l'intérêt du service.* La loi n'autorise pas une telle distinction.

Le Conseil d'Etat s'est exprimé très nettement à ce sujet dans l'un de ses arrêts (1) : « Considérant qu'à la suite de cette décision le sieur Rossi a réclamé la communication de son dossier ; que le ministre fonde son refus d'accorder cette communication sur ce que la mesure prise à l'égard du sieur Rossi aurait été uniquement motivée par l'intérêt du service. Mais considérant que la loi susvisée, en prescrivant la communication du dossier à l'intéressé, *a rendu cette communication obligatoire,* non seulement dans le cas où cette mesure aurait le caractère d'une mesure disciplinaire, *mais alors même qu'elle aurait été motivée par l'intérêt du service ;* que dans ces circonstances le sieur Rossi est fondé à soutenir que la décision du ministre a été rendue en violation de l'article 65 et à en demander l'annulation. »

De même l'administration ne peut refuser la communication du dossier à un fonctionnaire, en prétextant que la mesure qui le frappe ne *constitue par une disgrâce.* Et le Conseil d'Etat a annulé la décision qui frappait un inspecteur de l'enseignement primaire d'un déplacement d'office, bien que le ministre de l'Instruction Publique eût invoqué que cette mesure ne consti-

---

(1) Conseil d'Etat. Rossi, 22 novembre 1907.

tuait pas une disgrâce et que par suite l'article 65 ne s'appliquait pas (1).

De même encore l'administration ne peut se soustraire à l'obligation de la communication du dossier, même en prétextant que la mesure prise à l'égard du fonctionnaire *lui est favorable.* Ainsi décidé pour un receveur-buraliste placé dans un poste légèrement supérieur (2).

Le Conseil d'Etat s'efforce donc de maintenir l'administration dans toute l'étendue de l'obligation que le texte de la loi lui impose en faveur des fonctionnaires. Mais, par contre, avec son constant souci de tenir la balance égale entre les parties, il n'impose à l'administration que ce que la loi exige.

Nous avons déjà dit plus haut que le Conseil d'Etat n'exige pas de l'administration, lorsqu'elle prend une mesure disciplinaire contre un fonctionnaire, qu'elle communique d'elle-même le dossier à celui-ci et qu'elle n'a à faire cette communication que lorsqu'elle est réclamée par l'intéressé. Mais l'administration n'est pas toujours obligée de se conformer à cette demande de communication.

Il est certaines circonstances dans lesquelles le Conseil d'Etat a pensé, avec raison, que l'administration pourrait se refuser à communiquer au fonctionnaire son dossier :

---

(1) Conseil d'Etat. Nicol, 6 juillet 1906.
(2) Conseil d'Etat. Grémillet, 27 décembre 1907.

Un tel refus sera possible si le fonctionnaire *a accepté* la mesure qui va le frapper ; c'est ainsi qu'un sous-préfet, qui avait accepté d'entrer dans les cadres de l'inspection de l'assistance publique, s'est vu refuser par le Conseil d'Etat le droit d'obtenir avant ce déplacement la communication de son dossier (1).

A plus forte raison, en sera-t-il de même si c'est *sur la demande de l'intéressé* que la mesure a été prise. Ainsi décidé pour un instituteur qui avait demandé son déplacement (2).

Enfin, se réclamant d'une prompte et saine justice, le Conseil d'Etat refuse à un fonctionnaire le droit de recourir devant lui contre le refus de communication, quand ce recours n'est plus pour lui d'aucun intérêt. C'est ainsi qu'il a jugé (3) qu'un fonctionnaire n'a plus d'intérêt à faire annuler une décision qui lui refuse communication de son dossier, quand la mesure disciplinaire est devenue définitive par l'expiration du délai de deux mois : « Considérant que le sieur André n'attaque la décision du 18 septembre 1906, par laquelle le ministre lui a refusé la communication de son dossier, qu'en vue de faire tomber l'arrêté du 7 août précédent, qui l'admet à faire valoir ses droits à la retraite, que cet arrêté étant

---

(1) Conseil d'Etat. Franco, 28 février 1908 ; *idem* Mayoux, 22 mai 1908.

(2) Conseil d'Etat. Poissonneau, 28 février 1908.

(3) Conseil d'Etat. André, 15 mai 1908.

devenu définitif, le recours en tant qu'il est dirigé contre la décision du 18 septembre 1906 est dénué d'intérêt. »

8° *Effets de la réforme opérée par la loi de 1905.*

Après avoir ainsi étudié en détail l'étendue et le mode d'application de cette garantie nouvelle accordée aux fonctionnaires par la loi du 22 avril 1905, nous devons nous demander en terminant et d'une façon générale, quelles conséquences ont déjà résulté et en résulteront encore plus dans l'avenir tant vis-à-vis de l'administration qu'à l'égard des fonctionnaires.

Vis-à-vis de l'administration, tout d'abord, il faut avouer que lorsque la réforme fut proposée, certains membres des Chambres s'y étaient montrés nettement hostiles, craignant qu'un coup dangereux fût porté au système hiérarchique de notre administration. Le Sénat, nous l'avons vu, avait mis un certain temps pour accéder à la réforme, et certains de ses membres avaient pris courageusement la défense de l'administration.

L'honorable M. Sebline allait jusqu'à proclamer que la réforme était « la fin de toute administration et de tout gouvernement », qu'elle aboutirait à la destruction de toute autorité et donnerait lieu à des récriminations incessantes entre les agents et leurs supérieurs. Il terminait en demandant « qu'on maintînt en France les principes essentiels de l'autorité publique et de

tout gouvernement, principes auxquels on ne saurait se soustraire sans introduire l'anarchie la plus complète dans tous les services administratifs. »

A sa suite, l'amiral de Cuverville, au nom de la marine, le général Billot, au nom de l'armée, intervinrent pour montrer les inconvénients que la réforme allait produire sur la discipline.

Ces craintes, inspirées par un bon sentiment, étaient un peu chimériques, comme les évènements l'ont prouvé. Le régime de la force et de la contrainte, le régime de l'obéissance passive ont eu leur temps dans l'administration française, et il semble que le principe moderne de la collaboration doit lui succéder.

Loin d'affaiblir la discipline, la loi de 1905 l'a plutôt fortifiée, car elle a institué, dans les rapports hiérarchiques entre fonctionnaires, de la loyauté chez le chef, de la confiance chez le subordonné, conditions indispensables d'une saine administration. En définitive, il faut bien le remarquer, la réforme n'a pas produit les bouleversements que quelques-uns craignaient, car elle n'a fait que rendre obligatoires des règles d'équité qui étaient déjà fréquemment pratiquées dans beaucoup de nos administrations publiques.

Quant aux fonctionnaires, l'avantage qui résulte pour eux de la réforme est indiscutable et ressort implicitement de l'étude que nous venons de faire. C'est une garantie légale très efficace et qui profitera surtout à l'énorme foule des

fonctionnaires de droit commun privés jusqu'ici de toute garantie ; elle sera moins utile pour les fonctionnaires auxquels le législateur avait déjà accordé un état, mais qui sont, comme nous l'avons vu, bien peu nombreux.

La réforme est d'autant plus avantageuse qu'elle est non seulement inscrite dans un texte de loi, mais que son observation en est fermement garantie par le contrôle du Conseil d'Etat, qui maintient l'administration dans la limite de ses devoirs. Tâche qu'il peut remplir par un double moyen :

Le premier qui consiste à annuler pour excès de pouvoir (violation des formes) toutes les décisions prises en violation de l'article 65.

Le deuxième qui permet d'annuler plus fréquemment et plus facilement pour détournement de pouvoir toutes les décisions prises dans un autre but que celui qui est légalement permis et notamment dans un but politique.

Car si l'administration est maintenant obligée, avant de prendre une mesure disciplinaire contre un fonctionnaire, de lui communiquer toutes les notes de son dossier, elle sera obligée de motiver sa décision et du rapprochement de la décision et du dossier il sera facile, au fonctionnaire d'abord et au Conseil d'Etat ensuite, de voir si les motifs invoqués dans la décision sont les motifs véritables, et s'il n'en est pas ainsi, la décision pourra être annulée pour détournement de pouvoir.

Du détournement de pouvoir

Ce troisième cas d'exercice du recours pour excès de pouvoir est fondé sur ce que l'on appelle en termes techniques du droit administratif : *le détournement de pouvoir*. Il s'agit d'un acte qui a bien été accompli par l'autorité compétente conformément à la loi et suivant les formes légales prescrites, mais qui a été accompli dans un but autre que celui que se proposaient la loi ou les réglements, en confiant à son auteur la faculté légale de le faire. Il y a détournement de pouvoir lorsque l'agent, tout en restant fidèle à la lettre, sort de l'esprit de sa fonction. C'est l'incorrection du but et des intentions de l'administrateur auteur de l'acte incriminé qui constitue le détournement. Il y a là une théorie tout à fait originale et féconde qui élargit considérablement les horizons du droit et qui nous paraît réservée au plus bel avenir. Déjà, à notre avis, elle dépasse les limites du droit administratif pour pénétrer dans d'autres domaines juridiques. En droit civil, en effet, notamment, la théorie de l'abus de droit ne nous paraît pas autre chose qu'une transposition de la théorie de droit administratif du détournement de pouvoir. Mais ce n'est pas maintenant le lieu de s'occuper d'un pareil rapprochement, pour intéressant qu'il puisse être. Il nous suffit de dire ici que le recours pour détournement de

pouvoir peut rendre des services inappréciables aux fonctionnaires au point de vue de la protection de leur situation.

Si, en effet, il est établi qu'une révocation, par exemple, même légalement prise, a pour cause une raison d'intérêt privé, et pour but par exemple une vengeance ou tout autre motif analogue, elle devra être annulée.

Malheureusement la délicatesse de la preuve à faire est extrême, étant donné que, dans un intérêt de prudence, le Conseil d'Etat exige des conditions très rigoureuses et n'admet pas que l'on puisse faire ressortir l'incorrection du but poursuivi d'autres éléments que des documents fournis par l'administration elle-même spontanément ou sur demande. Si l'on admettait que la preuve pût être faite de toute façon, peut-être serait-il à craindre, en effet, que tous les actes d'une autorité quelconque soient mis en discussion devant le Conseil d'Etat, sans d'ailleurs, la plupart du temps, que cette discussion pût porter sur autre chose que des simples présomptions morales. C'est du moins un des motifs que l'on peut faire valoir en justification de la rigueur des exigences du Conseil d'Etat à l'égard de la qualité des preuves à fournir. Nous croyons, pour notre part, que tout en gardant encore de la prudence à ce point de vue, on pourrait peut-être élargir le cercle des possibilités d'exercice de ce pourvoi spécial. Il y a parfois des éléments, extrinsèques par rapport aux documents fournis par l'administration ou émanant d'elle, et qui cependant seraient de nature à faire une

preuve très objective. Quoi qu'il en soit, et même dans les limites actuelles, l'exercice de recours pour détournement de pouvoir peut être une garantie efficace contre l'arbitraire.

Ce n'est que récemment que le Conseil d'Etat a fait application du détournement de pouvoir aux mesures disciplinaires frappant les fonctionnaires.

Et cependant, en consultant les recueils des anciens arrêts du Conseil d'Etat, on trouve un certain nombre d'arrêts qui semblent avoir annulé des mesures de révocation pour détournement de pouvoir, et que les arrêtistes ont classés sous ce vocable. Mais si l'on y regarde de près, on s'aperçoit que ces mesures ont été annulées parce qu'à côté du détournement de pouvoir elles constituaient en même temps une incompétence, ou une violation de la loi. Et c'est ce qui a permis facilement au Conseil d'Etat de les annuler.

En voici un exemple : Le ministre des Cultes a décidé que les fonctions d'un pasteur protestant, exercées jusque-là par le père Bruniquel, seraient remplies désormais par un pasteur suffragant, et qu'il y aurait transfert des émoluments en faveur de ce dernier. Le Conseil d'Etat a annulé cette décision, et démasqué le procédé qui « avait pour objet et a eu pour but d'enlever au sieur Bruniquel ses fonctions de pasteur, dont il n'avait pas été régulièrement privé. »

Le ministre s'était donc servi de ses pouvoirs de nommer un suppléant, dans un but discipli-

naire, mais le détournement de pouvoir s'aggravait d'un vice d'incompétence, car « aucune disposition de loi ne confère au ministre des Cultes le droit de prononcer contre les pasteurs de l'Eglise réformée le retrait de leurs fonctions. (1) »

De même, un préfet a pu, à la suite de la transformation d'une école communale congréganiste en école laïque, relever de ses fonctions, par mesure administrative, une institutrice congréganiste. Et comme cette révocation administrative n'entraîne aucune déchéance, l'institutrice avait pu ouvrir une école libre dans la commune. C'est alors que, pour éviter cette conséquence, le préfet a révoqué cette institutrice par mesure disciplinaire. Ce qu'il ne pouvait plus faire puisque la requérante avait quitté le service.

En agissant ainsi, il violait la loi du 15 mars 1850, en même temps qu'il commettait un détournement de pouvoir en se servant de ses pouvoirs disciplinaires dans un but étranger à cette loi. (2)

---

(1) Conseil d'Etat. Bruniquel 1er février 1878.

(2) Conseil d'Etat. Dame Jacquiaux, 9 décembre 1879. Voir aussi, à ce sujet, un arrêt Crespin, 27 novembre 1891. Et aussi de nombreux arrêts annulant des délibérations de conseils municipaux, qui, sous prétexte de supprimer par économie l'emploi de garde-champêtre dans leur commune, se sont servi de ce moyen détourné pour révoquer le titulaire, ce qui constituait à la fois un détournement de pouvoir et un vice d'incompétence, car c'est au préfet qu'il appartient de révoquer ces fonctionnaires : commune de Soustons, 16 juillet 1886 ; commune de Saint-Martial, 22 juin 1886, etc...

Dans tous ces arrêts, il y a bien détournement de pouvoir en ce sens que les autorités qui avaient un certain pouvoir de délégation spéciale, de suppression d'emploi, de licenciement par mesure administrative, s'en sont servi dans le but de révoquer. Seulement il y avait quelque chose de plus grave dans leur acte, c'est que ces autorités étaient elles-mêmes incompétentes pour prononcer la révocation. Et leur acte se trouvait à la fois entaché d'incompétence et de détournement de pouvoir. Et on peut être certain, quoique le Conseil d'Etat ne le dise pas expressément dans ses arrêts, que c'est pour vice d'incompétence que ces décisions ont été annulées.

Il n'y a donc vraiment détournement de pouvoir, au sens strict du mot, qu'autant que l'auteur de l'acte est compétent et respecte les formes de la loi, et qu'aucun autre moyen d'annulation ne peut être invoqué que celui qui consiste à critiquer la violation de l'esprit de la loi. L'acte de révocation a toute régularité matérielle, ce n'est que dans les intentions des supérieurs que le vice se trouve.

C'est un point qu'il importait de préciser, car pendant très longtemps le Conseil d'Etat s'est refusé d'annuler pour détournement de pouvoir, au sens strict du mot, les mesures disciplinaires appliquées aux fonctionnaires.

Si le Conseil d'Etat a, jusqu'à l'année 1900, montré cette rigueur, c'est à cause de l'ancienne théorie des actes de pure administration, et alors que cette idée erronée commençait à disparaître

dans les autres domaines du droit, elle subsistait, au contraire, tout entière à propos des mesures disciplinaires dans lesquelles le Conseil d'Etat continuait à voir des actes discrétionnaires.

L'idée dont s'inspirait le Conseil d'Etat, c'est que le fonctionnaire qui n'a pas d'état, n'a pas de garanties contre les mesures disciplinaires, prises à son égard par ses supérieurs hiérarchiques. Il est *in manu*, révocable *ad nutum*. Les actes de révocation sont des actes de pure administration, qui ne sont pas comme tels soustraits à tout recours, mais qui ne peuvent être annulés que lorsque la loi a été ouvertement violée dans son texte, c'est-à-dire seulement annulables pour incompétence ou vice de forme.

De nombreux arrêts du Conseil d'Etat avaient proclamé ce principe.

C'est ainsi que de nombreux maires et adjoints révoqués, et qui invoquaient divers motifs pour prouver que la mesure prise à leur égard était injustifiée, ont vu leur requête rejetée par le Conseil d'Etat qui leur répondait que « le Président de la République avait agi dans la limite des pouvoirs qui lui étaient reconnus par l'article 86 de la loi du 5 avril 1884, qu'il avait accompli un acte d'administration, dont l'appréciation des motifs n'était pas susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie contentieuse (1). »

---

(1) Conseil d'Etat. Buisson, 3 février 1888 ; Lafitte, 13 février 1885 ; Lequeux 14 décembre 1883 ; Clauzet,

Quelquefois la formule employée varie et devient plus précise et le Conseil d'Etat, en rejetant la requête, laisse entendre qu'il aurait annulé la mesure si le requérant avait invoqué un autre chef d'annulation que le détournement de pouvoir : « Considérant que le requérant ne justifie pas que la décision a été rendue en violation d'aucune loi ou règlement, que cette décision constitue un acte d'administration contre lequel aucun recours n'est ouvert devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. » (1)

La première décision par laquelle le Conseil d'Etat a fait application du détournement de pouvoir en matière disciplinaire est l'arrêt Maugras du 16 novembre 1900 (D. 1902-3-10).

Voici les faits qui ont motivé cette importante décision : Un agent de police de la commune de Denain avait dressé procès-verbal contre une débitante de boissons qui avait tenu son débit ouvert après l'heure réglementaire, et qui fut d'ailleurs, en conséquence, condamnée à une amende par le tribunal de simple police.

A la suite de cet incident, le maire de la ville suspendait l'agent de police pendant un mois, et ne donnait à l'appui de son arrêté aucun motif, comme il en avait le pouvoir.

---

31 décembre 1878 ; Blouel, 6 août 1878 ; Arnal, 27 novembre 1896 ; Jolivet, 19 juin 1891 ; Delaine, 22 mars 1889.

(1) Conseil d'Etat. Rouillard, 18 juillet 1873 ; Chappuis, 18 juillet 1873.

Mais il avait commis l'imprudence d'adresser une lettre au commissaire de police, pour lui transmettre l'arrêté de suspension ; et il résultait très clairement de cette lettre que la mesure disciplinaire avait été prise contre l'agent, justement à cause du procès-verbal dressé par lui à la débitante de boissons, ce qui ne se comprenait guère puisque ce dernier n'avait fait que son devoir.

L'affaire s'éclaircissait d'un jour nouveau, si l'on remarquait, comme le fit le ministre dans ses observations sur le pourvoi, que la belle-sœur de la débitante contrevenante était la domestique du maire. Il devenait dès lors évident que le maire avait agi dans un but de vengeance privée, et non dans l'intérêt général de la police. Le détournement de pouvoir était donc nettement caractérisé.

L'affaire se présentait donc dans des circonstances très favorables devant le Conseil d'Etat ; malgré cela M. le commissaire du gouvernement Romieu avait conclu au rejet du pourvoi en soutenant que les pouvoirs de l'administration sont absolus en matière disciplinaire, et que de tels arrêtés ne peuvent être annulés que pour incompétence ou vice de forme, les motifs échappant au juge contentieux.

Il appuyait sa thèse sur la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat et surtout sur un arrêt récent rendu dans un cas analogue (1).

---

(1) Conseil d'Etat Schwalbach, 25 novembre 1892.

Il s'agissait d'un agent de police, qui, révoqué par le préfet de police à Paris, attaquait la mesure qui l'avait frappé, comme non motivée par une faute disciplinaire, mais pour cause de maladie. Le Conseil d'Etat avait rejeté sa requête, car « le requérant n'invoquait contre la décision attaquée ni vice de forme, ni incompétence, et que, d'autre part l'appréciation des motifs sur lesquels cette décision était fondée n'est pas susceptible d'être soumise au Conseil d'Etat par la voie contentieuse. »

Le Conseil d'Etat s'était donc refusé nettement à prononcer une annulation pour détournement de pouvoir dans une matière disciplinaire, où ce vice existait ouvertement.

Il a modifié cette jurisprudence en 1900, dans son arrêt Maugras, en se refusant d'approuver les conclusions de son commissaire du gouvernement. Il a flétri, comme il le méritait, l'arrêté du maire de Denain en décidant : « Que si les maires, chargés de la police municipale, peuvent prendre telles mesures qu'il appartient dans l'intérêt du maintien de l'ordre, du respect de la loi et de la discipline de la part des agents placés sous leurs ordres ; et s'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de rechercher les motifs des décisions prises par eux dans l'exercice de leur autorité ; il résulte des termes mêmes de la lettre du maire de Denain, qu'en frappant d'une peine disciplinaire l'agent Maugras, le maire a agi dans un but autre que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés et qu'il

a, par suite, excédé les pouvoirs à lui conférés par la loi. »

Cet arrêt présente donc une intéressante innovation.

Autrefois, le Conseil d'Etat n'admettait l'annulation pour détournement de pouvoir qu'en faveur des simples citoyens contre l'administration ; aujourd'hui, il admet que ce moyen d'annulation, que cette protection doit être étendue aux fonctionnaires contre les mesures disciplinaires prononcées contre eux par leurs supérieurs.

Ce qui pendant longtemps a empêché de se rendre compte de la nécessité de cette protection, c'est cette idée que le pouvoir hiérarchique était suffisant pour maintenir l'administration inférieure dans la limite de ses devoirs.

En vertu de ce pouvoir, en effet, le supérieur peut contraindre ses inférieurs à respecter l'esprit de la loi. Sans doute le préfet n'aurait pu annuler l'arrêté du maire de Denain, mais il pouvait suspendre et le ministre révoquer ce maire, s'il ne consentait pas à rapporter son arrêté.

Malheureusement la pratique montre que l'exercice de ce pouvoir hiérarchique ne fonctionne pas, ou, ce qui est pire, qu'il fonctionne souvent à faux. Et dès lors, si l'administration active abdique ses droits et ses devoirs, il incombait au Conseil d'Etat de la suppléer avec toute l'indépendance qui fait sa force.

On ne peut que se féliciter de cette efficace et heureuse innovation qui vient d'être réalisée par le

haut Tribunal. C'est d'ailleurs une conquête définitive qu'il vient de consacrer, car l'arrêt Maugras n'est pas une solution d'espèce, il a été bientôt confirmé par d'autres décisions analogues.

Le Conseil d'Etat a rendu (Conseil d'Etat 19 juin 1903, affaire Levochowsky, Labbé p. 452), à l'occasion de la mise à la retraite d'office d'un officier, un arrêt où les principes ci-dessus exposés sont clairement déterminés. Le Président de la République peut mettre à la retraite d'office les officiers non généraux qui sans être atteints par la limite d'âge ont néanmoins le temps de service nécessaire pour avoir droit à une pension. Un officier est mis à la retraite dans ces conditions et est avisé en même temps que cette mesure est prise contre lui à cause de certaines irrégularités de son administration.

Sur pourvoi, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt dont voici le passage intéressant : «... S'il appartient au chef de l'Etat de prononcer, quels que soient d'ailleurs les motifs qui le déterminent, la mise à la retraite d'office de tous les officiers autres que les officiers généraux dès qu'ils ont accompli trente ans de service, il ne peut fonder sa décision sur des motifs qui lui donnent, comme dans l'espèce, le caractère d'une pénalité contre laquelle le requérant n'a pas été appelé régulièrement à présenter ses moyens de défense. »

Le Conseil d'Etat a annulé pour détournement de pouvoir la dissolution d'un Conseil municipal (cas de révocation collective), voici comment : le

Conseil municipal de la commune de Vezzani (Corse) ayant été élu irrégulièrement, l'administration supérieure pouvait attaquer cette décision devant le Conseil de préfecture, ce qu'elle avait d'ailleurs fait, et l'élection avait été annulée en appel devant le Conseil d'Etat.

Mais, pour aller plus vite, le préfet avait demandé la dissolution du Conseil municipal resté en fonctions, par un décret motivé.

Le maire de la commune a attaqué pour excès de pouvoir le décret, attendu qu'en raison du motif donné à l'appui de ce décret et exclusivement tiré des conditions dans lesquelles avait eu lieu l'élection des membres de ce Conseil, ce décret constituait un détournement de pouvoir. Le ministre de l'Intérieur répondait qu'aucune restriction ne pouvait être apportée au droit de dissolution conféré au Président de la République, et que le décret était un acte de pure administration, dont les motifs échappaient à la censure du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat a repoussé cette thèse et retenu le détournement de pouvoir qui était nettement caractérisé :

« S'il appartient au Président de la République, aux termes de l'article 43 de la loi de 1884, de dissoudre tout Conseil municipal en fonctions, et que les motifs d'un décret de dissolution pris en vertu des pouvoirs conférés au chef de l'Etat par cet article ne peuvent être discutés par la voie contentieuse ; mais que si étendues que soient les

attributions dévolues au Président de la République, elles ne peuvent être exercées en vue d'obtenir le redressement d'irrégularités qui se seraient produites au cours d'opérations électorales, effectuées pour la nomination des membres du Conseil municipal et dont la connaissance a été expressément réservée par la loi à la juridiction administrative ;

« Qu'il résulte des termes mêmes du décret attaqué que la dissolution du Conseil municipal de Vezzani n'a été prononcée qu'à raison des irrégularités dont aurait été entachée l'élection des membres de ce Conseil, que dès lors le décret attaqué est entaché d'excès de pouvoir. »

Le Conseil d'Etat n'admet donc plus aujourd'hui que le pouvoir disciplinaire s'exerce dans un but politique ou par vengeance privée, il ne peut se fonder sur des motifs autres que ceux voulus par la loi, c'est-à-dire quand le fonctionnaire qui en est victime a commis une faute qui justifie la mesure.

Seulement, comme ce contrôle de la moralité des actes est plus délicat que celui de la légalité proprement dite, le Conseil d'Etat y met deux limitations :

1° Le Conseil d'Etat n'est juge que de la légalité ou de la moralité des actes, il n'est pas juge de leur *opportunité.*

En effet, il ne faut pas oublier que le recours pour excès de pouvoir est un recours à forme juridictionnelle, c'est ce qui le distingue du recours hiérarchique, dans lequel le supérieur peut

annuler l'acte de son inférieur, non seulement quand il est illégal, mais même quand il le juge inopportun.

Le Conseil d'Etat, étant un juge, ne peut empiéter sur les attributions de l'administration active. N'ayant pas la responsabilité de l'administration, éloigné des circonstances et des lieux dans lesquels l'acte est intervenu, il ne peut apprécier si le supérieur a bien ou mal agi.

Il ne peut se demander si un agent a fait de la bonne ou de la mauvaise administration, il peut seulement examiner s'il a fait de l'administration.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il y avait une question d'opportunité dans le cas d'un agent de police révoqué et qui prétendait l'avoir été à la suite d'un incident sans gravité, qui aurait dû tout au plus donner lieu à un blâme. Le Conseil d'Etat n'a pu se rendre juge de cette question d'opportunité de la mesure, et après avoir constaté que le préfet avait agi dans la limite de ses pouvoirs, il a déclaré le requérant « non recevable à discuter par la voie contentieuse les motifs de la mesure dont il avait été l'objet. » (1)

2° Le Conseil d'Etat ne se contente pas d'une simple affirmation, il exige *que le requérant fasse la preuve du détournement de pouvoir qu'il invoque.*

En effet, le détournement de pouvoir étant carac-

---

(1) Conseil d'Etat. Portebeuf, 9 novembre 1906.

térisé par l'incorrection des intentions qui ont guidé l'administration, et non par les prescriptions légales extrinsèques qui ont été observées, la tâche du Conseil d'Etat dans l'appréciation de ce grief est particulièrement délicate.

Il ne peut mander à sa barre les agents administratifs pour leur demander compte des motifs de leurs décisions, il ne peut non plus scruter leur arrière-pensée, par des enquêtes faites en dehors d'eux, ce qui serait permis à un supérieur hiérarchique, mais non à un juge.

Mais s'il ne peut lui-même rechercher les motifs, il les admet quand le requérant en fait la preuve., ou quand ces motifs se révèlent pour ainsi dire eux-mêmes, quand ils résultent des documents émanés de l'administration elle-même ou des pièces du dossier ; alors le Conseil d'Etat ne peut plus volontairement fermer les yeux, et il admet le détournement de pouvoir.

Le Conseil d'Etat ne se contente pas d'une probabilité, d'une forte présomption ; il veut une démonstration évidente, car l'administration est présumée agir en vue de l'intérêt général. Si la preuve n'est pas faite qu'une décision a été prise pour des motifs mauvais, l'acte est présumé valable et inspiré par de bons motifs ; il serait grave, en effet, de suspecter, sans forte raison, les intentions de l'administration active.

La preuve du détournement de pouvoir pourra résulter : des motifs que l'auteur de l'acte a lui-même insérés dans sa décision (Grazietti, 31 jan-

vier 1902), de la correspondance qui l'a précédée ou suivie (Maugras, 16 novembre 1900), des instructions du supérieur hiérarchique, d'après lesquelles la décision a été prise ; des observations du ministre dans sa réponse au pourvoi, des délibérations d'un Conseil qui ont précédé la mesure (1).

Ainsi donc un fonctionnaire pourra faire annuler pour détournement de pouvoir la mesure qui le frappe, en se fondant sur les motifs qui vicient moralement cette décision, à condition qu'il fasse la preuve des faits qu'il avance, et qu'il ne critique pas une mesure toute d'opportunité.

En résumé, si on se demande quelle utilité présente aujourd'hui pour un fonctionnaire frappé d'une mesure disciplinaire, le moyen d'annulation tiré du détournement de pouvoir, on arrivera facilement à se convaincre que ce moyen lui sera très utile, mais dans un nombre de cas assez restreint.

En effet, avec les moyens de preuve assez difficiles qu'exige le Conseil d'Etat, avec raison, le succès du recours dépendra du plus ou moins de verbosité du supérieur qui aura pris l'acte, de son plus ou moins de prudence.

Si l'acte est faussement motivé, l'annulation sera prononcée. Malheureusement, il faut bien le remarquer, l'obligation de motiver les mesures

---

(1) Conseil d'Etat. Bourdet, 5 août 1901. Détournement de pouvoir commis par un maire révoquant un garde champêtre un mois après la suppression d'emploi votée par le Conseil municipal.

disciplinaires est encore assez rare dans notre législation. Le supérieur peut le plus souvent prendre une mesure disciplinaire contre l'inférieur sans donner aucun motif et son acte est présumé valable et pris pour de bonnes raisons.

Il n'y aura que dans le cas où le supérieur, quoique n'y étant pas obligé, aura quand même motivé son acte, comme l'avait fait imprudemment le maire de Denain, que la mesure disciplinaire pourra être attaquée pour détournement de pouvoir.

A ce point de vue, il serait très désirable que des lois ou des décrets viennent généraliser cette obligation de motiver les décisions disciplinaires ; cela ne dérangerait guère les administrateurs bien intentionnés, et cela permettrait d'étendre le champ d'application du détournement de pouvoir, en multipliant le nombre des cas où le juge pourrait apprécier la moralité des actes. C'est parce que le Président de la République était obligé de motiver son décret de dissolution d'un Conseil municipal, que le maire de Vezzani a pu faire annuler le décret qui prononçait la dissolution du Conseil municipal de cette commune dans un but électoral.

Rappelons à ce sujet l'importance toute particulière que présente la loi du 22 avril 1905, qui oblige l'administration, avant de prendre une mesure disciplinaire contre un fonctionnaire, de lui communiquer son dossier. De là résulte une constatation et une preuve plus facile du détournement de pouvoir, qui permet de voir si c'est bien pour

faute disciplinaire que l'agent est frappé, et si les motifs invoqués à l'appui de la décision sont bien les véritables.

Il n'en reste pas moins vrai qu'à l'heure actuelle, avec les nombreuses difficultés qui s'opposent à la réussite d'une action fondée sur un détournement de pouvoir, beaucoup de décisions motivées par un but personnel de sympathie ou d'antipathie, et non par un intérêt général, échappent à la censure du Conseil d'Etat.

De la violation de la loi et des droits acquis

M. Laferrière classe comme quatrième moyen d'annulation pour excès de pouvoir : la violation de la loi et des droits acquis. Il faut reconnaître que c'est là une terminologie qui manque un peu de précision, car tout excès de pouvoir a sa base dans une violation de la loi.

Ainsi une décision annulée pour incompétence suppose la violation de la loi qui proclame cette compétence ; de même dans les vices de forme, l'agent qui n'a pas suivi les formalités prescrites par une loi ; enfin, dans le détournement de pouvoir, il y a violation non de la lettre de la loi, mais de son esprit.

Ce que M. Laferrière dénommait ainsi, ce n'était pas seulement la violation de la loi proprement dite et des règlements d'administration publique et décrets, mais aussi leur fausse interprétation. Mais

comme la fausse interprétation de la loi était un moyen un peu subtil, il exigeait, et le Conseil d'Etat avec lui, que pour que la violation de la loi fût admise comme moyen d'annulation, il constituât en même temps une atteinte à un droit. C'est de cette exigence qu'est venue l'expression : violation de la loi et des droits acquis.

Le moyen d'annulation tiré de la violation de la loi manque beaucoup de précision, et il est difficile de lui déterminer un domaine précis permettant de le distinguer des autres chefs d'excès de pouvoir. Est-ce à dire pour cela que tous les cas d'excès de pouvoir peuvent être ramenés à trois chefs : incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons même qu'en y ajoutant la fausse interprétation de la loi, on fait une classification limitative des excès de pouvoir, qui est à la fois arbitraire mais aussi dangereuse en ce qu'elle pourrait faire croire que la liste des chefs d'excès de pouvoir est fixée *ne varietur*.

Or l'excès de pouvoir est une création toute prétorienne de la jurisprudence, et le rôle de la doctrine n'est pas de poser une limite à cette jurisprudence. Il faut laisser au Conseil d'Etat libre champ pour le contrôle de la légalité, et lui permettre, en présence des faits, d'admettre dans ses arrêts de nouveaux cas de nullité.

Ceci dit, nous conserverons quand même la classification de M. Laferrière, qui a eu le grand mérite de dégager nettement la notion d'excès de pouvoir. Et nous conserverons, à côté des trois

chefs d'annulation qui ont un domaine bien net, une quatrième catégorie que par habitude nous continuerons à appeler violation de la loi. Mais nous donnerons à ce terme une grande extension qui nous permettra d'y faire rentrer tous les cas d'excès de pouvoir qui ne peuvent être classés sous les trois autres chefs.

Nous admettrons qu'il y a violation de la loi, dans ce sens, quand un administrateur, en prenant une décision, sera compétent pour agir, ne violera pas les formes prescrites, interprètera sainement la loi et en respectera l'esprit, mais qu'il aura violé la loi de toute autre manière quelconque, permettant au Conseil d'Etat d'annuler son acte pour excès de pouvoir.

Il n'est pas besoin d'insister davantage pour voir toute l'importance de cette quatrième ouverture dans la matière qui nous intéresse.

A la *violation de la loi,* il faut assimiler la violation de tous les arrêtés réglementaires. Le Conseil d'Etat a même permis l'exercice de ce moyen, dans un cas où il s'agissait d'un arrêté individuel du préfet de la Seine, violant un arrêté réglementaire du même préfet. (Conseil d'Etat, 12 juillet 1907. Montheuil, *Id.* 22 janvier 1909. Lesage et Martin).

Nominations irrégulières

Les organes exécutifs ont, en principe, la nomination à toutes les fonctions publiques. La nomination entraîne le choix de la personne du fonctionnaire. Ce choix est libre et discrétionnaire, mais, d'une part, la loi peut avoir restreint la liberté de l'administration en imposant aux candidats certaines conventions d'âge, de grade etc., ou bien l'Administration elle-même peut s'être lié les mains par des règlements ayant le même but ; d'autre part, l'Administration peut avoir institué ce procédé mécanique de choix qui s'appelle le concours. Un détail essentiel à connaître est que, en principe, aucun citoyen n'ayant droit à être personnellement choisi pour une fonction publique, aucun n'a un intérêt personnel suffisant pour être recevable à former recours pour excès de pouvoir contre une nomination faite en dehors des règles, c'est affaire au Parlement et à la presse de contrôler sur ce point l'action administrative. Mais des exceptions à ce principe sont très nombreuses, et tous les jours il perd de son autorité grâce à la jurisprudence de plus en plus libérale du Conseil d'Etat.

L'agent chargé de faire la nomination aussi bien que l'agent chargé de prononcer la révocation doivent bien être persuadés qu'ils ne font eux-mêmes qu'exercer l'un des attributs de la

fonction dont ils sont investis. Cette compétence, l'agent qui nomme a le devoir juridique de ne l'exercer que dans l'intérêt du service public. Ces principes sont également dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. Il faut que les actes puissent être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique qui est l'intérêt public. L'intérêt public, c'est la limite naturelle de tous les pouvoirs. L'agent est tenu de respecter non seulement la lettre mais encore l'esprit de la fonction. La sanction du devoir juridique, c'est la nullité de l'acte qui serait accompli contrairement à ce devoir juridique.

En ce qui concerne le contrôle de la nomination des fonctionnaires publics, nous rencontrons une évolution progressive de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Sous la Restauration, le Conseil d'Etat refusait d'examiner les recours dirigés contre des actes touchant le fonctionnement de la fonction publique. Mais une évolution s'est accomplie dans deux directions. D'une part le Conseil d'Etat a étendu progressivement la théorie de l'excès de pouvoir à tous les actes touchant le recrutement de la fonction publique ; 2° il a facilité l'accès du recours en définissant plus exactement l'intérêt pour sa recevabilité.

Le Concours

Entrons maintenant dans l'étude un peu détaillée de ce procédé mécanique établi à l'entrée

de beaucoup de carrières et qu'on appelle le concours.

1° Il y a nullité de la nomination au cas où, contrairement aux lois et règlements, la nomination est intervenue sans concours (Conseil d'Etat, 7 novembre 1904).

2° La formalité du concours n'est requise à peine de nullité qu'autant qu'il a été prescrit par une loi ou par un décret du chef de l'Etat. Dans ce cas, si vous êtes classé premier, vous devez être nommé premier.

3° Dans tous les cas où le concours n'aura pas été prescrit par une loi ou par un décret du Président de la République, l'agent chargé de nommer ne sera pas lié par l'ordre de classement résultant du concours, et si vous êtes classé second, l'agent chargé de la nomination pourra sans excès de pouvoir vous nommer premier. Il pourra modifier à son choix l'ordre de classement et même déclarer inadmissible un candidat classé le premier par la Commission d'examen et déclarer admissibles les candidats suivants.

Ces principes nous paraissent très critiquables et nous sommes très étonnés de les voir sanctionnés par le Conseil d'Etat (Joubert de la Mothe, 9 août 1893, Lebon page 683).

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le préfet de la Seine avait pu, sans excès de pouvoir, ne pas déclarer admissible un candidat classé le premier par la Commission d'examen et déclarer admissibles deux candidats subséquents.

Le ministre de l'Intérieur opposait au recours, qu'il s'agissait d'un examen et non d'un concours ; que, dès lors, le préfet avait le droit d'apprécier souverainement si chaque concurrent admissible, quel que soit son numéro de classement, remplissait l'ensemble des qualités considérées comme nécessaires ; « dans certains cas, ajoutait-il, la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis cette même prérogative du préfet en matière de concours. Aux termes de la loi du 10 août 1871, art. 48, le Conseil général peut fixer les règles de concours, d'après lesquelles doivent avoir lieu les nominations des agents départementaux. D'après divers décrets en Conseil d'Etat (voir notamment 10 décembre 1872, Vaucluse ; — 11 juillet 1873, Aude), cette disposition laisse entier le droit du préfet, qui non seulement peut nommer un autre candidat que celui qui a obtenu le plus de points au concours, mais peut aussi choisir tel ou tel des concurrents sans avoir égard au classement arrêté par la Commission. »

Le Conseil d'Etat doit s'être laissé influencer, bien à tort à notre avis, par cette argumentation du ministre de l'Intérieur, car il a rejeté la demande du sieur Joubert de la Mothe.

« Considérant que la décision du 17 juin 1889, par laquelle le préfet de la Seine a déclaré admissibles à l'emploi de commissaire répartiteur adjoint deux seulement des quatre candidats présentés par la Commission d'examen, a été

prise dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui lui appartiennent ; que, dès lors, elle n'est susceptible de recours par la voie contentieuse que pour vice de forme et que, le sieur Joubert de la Mothe n'alléguant aucun grief de cette nature, sa requête doit être rejetée. »

4° Lorsque la formalité du concours est requise, toutes les prescriptions légales et réglementaires qui peuvent être considérées comme constituant des garanties pour le candidat, sont requises à peine de nullité et les candidats ayant participé à toutes les épreuves du concours et non admis, sont recevables à attaquer les nominations de concurrents faites en violation des règles du concours (Conseil d'Etat, 16 novembre 1894, Brault S. 96. 65 et la note de M. Haurion).

5° Lorsqu'une loi ou un règlement prescrivent qu'une nomination n'aura lieu qu'après concours, l'agent qui fait la nomination n'est pas lié en ce sens qu'il est obligé de nommer les candidats proclamés admissibles par le jury. Il peut donc, s'il estime que les épreuves sont insuffisantes, faire faire un nouveau concours. Mais après ce nouveau concours, il ne peut modifier l'ordre de classement et nommer par exemple le second avant le premier.

6° L'agent chargé de nommer reste dans la limite de ses pouvoirs en refusant une nomination, lorsque le jury de concours n'a pas fait de propositions, lorsqu'il n'y a eu aucun candidat admissible au concours.

Voici une autre hypothèse : la loi ou le règlement peuvent avoir déclaré que les titulaires de telle fonction déterminée seront pris sur une liste de classement dressée par une Commission. La solution admise par le Conseil d'Etat est la même qu'au cas de concours : la Commission qui écarte du classement un individu en alléguant faussement qu'il ne remplit pas les conditions légales, commet un excès de pouvoir et sa décision peut être annulée.

Disons, en terminant, que le régime juridique du concours n'est pas encore bien établi. Espérons que le Conseil d'Etat ne tardera pas à modifier sur ce point sa jurisprudence qui est très critiquable à beaucoup de points de vue.

Emplois réservés a certaines personnes

Nous trouvons une dernière exception à la règle que le pouvoir de nomination est libre et discrétionnaire dans ce fait qu'il y a certains emplois réservés à certaines personnes remplissant certaines conditions spéciales bien déterminées. Toute nomination faite en violation des dispositions de ces lois ou règlements est entachée d'excès de pouvoir, et peut être annulée.

Ce n'est que depuis 1903 que le Conseil d'Etat admet la recevabilité des recours contre les nominations irrégulières. Sa jurisprudence s'est depuis lors confirmée avec éclat, elle est désormais défi-

nitivement assise. Mais sa première décision produisit une surprise et une émotion profondes. Il s'agissait des désignations aux postes enviés de Directeur des Archives et d'Inspecteur général des Bibliothèques. Le ministre avait choisi deux personnalités dépourvues de diplômes. Un certain nombre d'archivistes paléographes se groupèrent et déférèrent au Conseil d'Etat les deux décrets comme irréguliers et préjudiciables aux intérêts de tous ceux qui, munis de leur parchemin, auraient pu légitimement aspirer à ces emplois. Leur recours fut rejeté comme mal fondé, mais implicitement sa recevabilité fut reconnue, bien qu'aucun des réclamants ne pût se prévaloir d'un droit acquis, direct et immédiat (1). C'était une sorte de révolution juridique.

L'arrêt capital, en la matière, est le fameux arrêt Savary, du 18 mars 1904 (Lebon, page 232). Le décret du 8 mars 1887 énumère les conditions à remplir pour être nommé inspecteur ou sous-inspecteur du service des Enfants assistés. Ce poste est réservé aux fonctionnaires de carrière ou à ceux qui ont occupé auparavant des fonctions déterminées dans l'administration. De plus, il est fixé que les inspecteurs nouvellement nommés doivent être placés dans la 4e classe de leur grade. Sur le pourvoi d'un sous-inspecteur de carrière,

---

(1) Arrêt Lot et Molinier, 11 décembre 1903 ; Lebon, page 780.

le Conseil d'Etat a annulé six nominations ne remplissant pas les conditions requises (notamment le ministre avait fait d'emblée des nominations d'inspecteurs de 1re ou 2e classe).

Le Conseil d'Etat :

« Considérant que sans qu'il soit besoin d'apprécier dans l'espèce le mérite de la fin de non-recevoir opposée à la première requête du sieur Savary; que ce dernier, qui était, à la date des arrêtés attaqués, sous-inspecteur de 2e classe des Enfants assistés du département du Rhône, a un intérêt personnel suffisant pour demander l'annulation de ces arrêtés; que sa nomination au grade d'inspecteur du même service dans le territoire de Belfort, à la date du 5 septembre 1903, n'a pas fait disparaître cet intérêt indépendamment de ce qu'elle n'a pu préjudicier à son droit de contester les nominations irrégulières ». (Nous ne donnons ici que les considérants les plus intéressants.)

Ici, on le voit, ce n'est même plus un droit acquis dont il y a eu lésion. Cela paraît être un intérêt plutôt qu'un droit, si du moins l'on se place au point de vue individuel de chaque fonctionnaire. En effet, on ne peut pas dire que tel fonctionnaire professionnel déterminé, le demandeur en l'espèce, légalement apte à occuper tel emploi, ait un droit acquis à l'occuper. On aurait pu, en effet, nommer régulièrement tel autre fonctionnaire, également apte. Ce que le Conseil d'Etat consacre ainsi, c'est moins la protection

d'un intérêt individuel que celle *d'un droit collectif pour le corps des fonctionnaires,* dont chacun pourrait demander le respect par une action individuelle. (Voyez aussi, Conseil d'Etat, 22 janvier 1909 ; Lebon, page 78 ; Lesage et Martin dans espèce analogue.)

Après l'arrêt Savary, l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est encore poursuivie. Du moment que le Conseil d'Etat se départait de l'existence du droit acquis, à raison même de l'imprécision du droit éventuel, il devait fatalement être conduit à se contenter du simple intérêt, et même d'un simple intérêt moral.

En 1906, les rédacteurs du Ministère de l'Intérieur attaquèrent des nominations illégales de rédacteurs et de sous-chefs de bureau; la haute juridiction n'hésita pas à annuler celles de fils, neveux, cousins d'anciens ou futurs ministres (1). Les conclusions du Commissaire du gouvernement Teissier soulignèrent la haute portée de ces décisions: « Il faut, disait-il, mettre un obstacle insurmontable aux pratiques déplorables qu'on soumettra à notre censure. Il faut mettre un frein aux jeunes ambitions qui s'agitent autour des grands de ce monde, et qui pensent que pour arriver aux hauts postes de l'Administration, le mieux est de se glisser dans quelque cabinet

---

(1) Arrêts Alcindor et autres, 1er juin 1906.

ministériel, d'y intriguer, y décrochant quelque faveur, sans titre, sans droit. Lorsque les fonctionnaires sauront qu'il y a un juge auquel ils peuvent librement s'adresser pour le redressement des torts qui leur sont causés, ils reprendront confiance. Quand on saura que les postes illégalement occupés ne sont plus des prébendes de tout repos, l'appétit des ambitions injustifiées tombera ». Ces paroles autorisées reflétaient la pensée même dont s'inspirait la jurisprudence nouvelle.

L'appel fut entendu. Les recours depuis lors affluèrent (18 janvier 1907, Champion; 22 mars 1907, Viret; 17 mai 1907, Le Bigot).

Le Conseil d'Etat a été autorisé à annuler les nominations irrégulières de commis des asiles d'aliénés de la Seine (1), d'expéditionnaire au Ministère de l'Instruction Publique (2), de rédacteur au Ministère des Colonies (3), de sous-chef de bureau au Ministère des Travaux Publics (4), et même des permutations irrégulières, telles que celles d'un chef de bureau du Ministère du Commerce avec un rédacteur des Finances (5).

Le Conseil d'Etat pousse très loin la vigilance à cet égard. Il s'attache à déterminer exactement

---

(1) Arrêt Montheuil, 12 juillet 1907.
(2) Arrêt Brugnot, 6 décembre 1907.
(3) Association des employés civils, 11 décembre 1908.
(4) Arrêt Tilloy, 27 novembre 1908
(5) Arrêt Prunget, 15 février 1907.

le caractère véritable de l'acte qui lui est soumis, et sait aller chercher la réalité de ce caractère même au-dessous des apparences différentes. En effet, l'ingéniosité de l'arbitraire est extrême, et il arrive souvent que l'autorité qui accomplit un acte illégal, le déguise sous un vêtement, afin de dissimuler cette illégalité. Voici à cet égard une décision récente qui montre quelle est la sollicitude de la haute juridiction administrative. « Un archiviste paléographe a qualité pour déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, l'arrêté préfectoral nommant un archiviste départemental, en violation des droits conférés aux archivistes paléographes par les lois ou règlements (décret du 4 février 1850, lois du 10 août 1871 et du 24 mai 1872). Les fonctions d'archivistes départementaux ayant été réservées aux élèves de l'Ecole des chartes par les dispositions combinées du décret et des lois précitées, un arrêté par lequel le préfet, en exécution d'une délibération du Conseil général, a confié le service des archives départementales à un archiviste qui ne sort pas de l'Ecole des chartes, doit être annulé pour excès de pouvoir, ainsi que la délibération du Conseil général, alors du moins qu'il n'est pas justifié de l'impossibilité de pourvoir à l'emploi devenu vacant, par une nomination faite conformément aux dispositions ci-dessus indiquées. *Il importe peu que l'arrêté ait évité de qualifier le fonctionnaire nommé du titre d'archiviste départemental, et l'ait simplement délégué dans les fonctions d'archiviste départe-*

mental, dès lors que ce fonctionnaire devait remplir effectivement les fonctions et toucher le traitement d'archiviste départemental (1). »

Le Conseil d'Etat est allé plus loin encore dans son esprit de protection à l'égard des fonctionnaires de carrière. Il décrète, en effet, que, même lorsque des dispositions réglementaires, fixant certaines garanties pour un corps déterminé de fonctionnaires, ont omis dans l'énumération des fonctionnaires de ce corps le titulaire d'un emploi spécial, ce titulaire particulier est néanmoins recevable à se pourvoir contre une décision qui ne se conforme pas pour la nomination à cet emploi spécial aux dispositions réglementaires dont il s'agit, bien que celles-ci ne fassent pas mention de cet emploi. En l'espèce, la nomination non conforme aux dispositions d'un décret réglant la situation d'un personnel déterminé, avait eu lieu pour un emploi de bibliothécaire dont la mention n'avait pas été portée au décret en question.

« Considérant (2), dit le Conseil d'Etat, que si le décret du 16 novembre 1897, qui porte règlement d'administration publique, pour l'organisation de l'administration centrale du Ministère de l'Instruction publique et des beaux-arts, n'a pas

---

(1) Nous ne rapportons ici que le sommaire de l'arrêt. Le texte complet de cet arrêt, qui est du 10 avril 1908, se trouvera S. 1910 3-96

(2) Voir *Bull. de la Ligue des Droits de l'Homme* du 30 avril 1908, l'arrêt est du 13 mars 1908. Il est également rapporté S. 1910-3-75.

mentionné spécialement la bibliothèque, ni les fonctions de bibliothécaire, ce service, *par son caractère permanent, n'en doit pas moins, à défaut d'une disposition spéciale de ce décret, être rattaché aux services généraux de l'administration centrale,* et, par suite, doit être géré par un fonctionnaire faisant partie des cadres réguliers de cette administration, rétribué sur les crédits affectés à ces cadres, et en dehors du personnel du cabinet, que par suite les requérants sont fondés à soutenir qu'en nommant bibliothécaire du Ministère le sieur X..., attaché au cabinet, alors qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par les articles 12 et 22 du décret du 26 novembre 1897, le ministre a méconnu les prescriptions de ce décret:

« Décrète: l'arrêté susvisé du Ministère de l'Instruction publique et des beaux-arts, en date du 12 mars 1906, est annulé ».

L'Avancement

Dans tous les corps de fonctionnaires hiérarchisés, il y a un avancement qui peut être précédé d'un classement. Dans les corps de fonctionnaires non hiérarchisés, il y a un classement qui sert de base à une augmentation des traitements.

L'avancement et le classement peuvent être réglés par de simples traditions ou de simples arrêtés ministériels, auquel cas ils ne présentent

aucune garantie et sont des façons de mutation d'emploi, ils peuvent aussi être régis par la loi ou par des règlements du chef de l'Etat, auquel cas ils présentent des garanties, deviennent des avantages de la fonction et comptent dans l'état du fonctionnaire, car la violation des règles peut donner lieu à recours pour excès de pouvoir. Rappelons que sont à ce point de vue dans une situation privilégiée : 1° les officiers de l'armée dont l'avancement est réglé par la loi (L 14 avril 1832 (1) ; 2° les membres de l'enseignement supérieur (D 12 février 1881) ; ceux de l'enseignement secondaire (D 16 juillet 1887) ; ceux de l'enseignement primaire (L 19 juillet 1889, art. 6 ; L 25 juillet 1893), etc., etc., l'art 38 de la loi du 17 avril 1906 prescrit la rédaction d'un règlement d'administration publique (dans les trois mois) qui instituera pour les magistrats un tableau d'avancement.

Désormais la régularité des avancements est soumise au contrôle du Conseil d'Etat. Un décret organique prévoit-il que les promotions de classe ont lieu exclusivement à l'ancienneté, le Conseil d'Etat annule la décision qui a méconnu le droit du fonctionnaire à être promu à la première classe de son grade, à compter d'une date déterminée. (Arrêt Warnier, 7 juillet 1905).

Dans cette affaire, le sieur Warnier, sous-ingé-

---

(1) V. Laguens, Etude sur l'avancement des officiers. Thèse Montpellier, 1901.

nieur des Ponts et Chaussées, présentait une requête au Conseil d'Etat tendant à ce qu'il plaise au Conseil : décider qu'il devait être élevé à la 1re classe de son grade, et ce, à partir du 1er juillet 1904.

En effet, d'après l'art. 1er de l'arrêté ministériel du 19 mars 1900, combiné avec l'article 13 du décret du 28 mars 1904, l'avancement de classe pour les sous-ingénieurs des Ponts et Chaussées a lieu exclusivement à l'ancienneté. En conséquence, est entachée d'excès de pouvoir la décision ministérielle qui n'a pas promu à la 1re classe un sous-ingénieur de 2e classe qui, à raison de son rang, aurait dû être nommé, alors du moins que le réclamant n'avait pas été exclu de la liste d'ancienneté par les inspecteurs généraux qui ne doivent exclure de la liste d'ancienneté que les agents indignes ou incapables :

« Considérant que le ministre ne justifie pas qu'il ait été dressé par les inspecteurs généraux une liste d'ancienneté des sous-ingénieurs des Ponts et Chaussées de seconde classe, de laquelle le sieur Warnier aurait été exclu en conformité de l'article 3 de l'arrêté du 28 mars 1890 ; qu'il résulte de ce qui précède que le ministre des Travaux Publics a commis un excès de pouvoir en ne comprenant pas le requérant dans la promotion de 1904 ;... (Décision annulée en tant qu'elle a méconnu le droit au sieur Warnier d'être nommé à la première classe de son grade pour prendre rang à compter du 1er juillet 1904).

Un règlement dispose-t-il qu'on ne peut débuter dans un service qu'à la dernière classe du grade, le Conseil d'Etat annule la nomination directe d'un agent à la deuxième ou à la première classe.

L'arrêt capital en la matière est l'arrêt Alcindor du 1er juin 1906. Alcindor agissait personnellement et comme représentant de l'Association amicale des fonctionnaires du ministère de l'Intérieur.

Aux termes de l'article 9 du décret du 15 juillet 1897, le personnel des rédacteurs du ministère de l'Intérieur se recrute au moyen d'un concours annuel, toutefois d'après l'art. 2, le ministre peut, après avis du Conseil des directeurs, appeler aux emplois de l'Administration centrale, dans la limite du quart des vacances dans chaque emploi, des fonctionnaires des services extérieurs du ministère ou d'autres administrations publiques.

En conséquence, est entaché d'excès de pouvoir l'arrêté par lequel le ministre nomme rédacteur stagiaire dans l'Administration centrale, un candidat qui n'a pas subi les épreuves du concours annuel, et qui, au jour de sa nomination, n'exerçait aucune fonction soit dans les services extérieurs du ministère, soit dans une autre administration publique.

Est également entaché d'excès de pouvoir l'arrêté nommant rédacteur de troisième classe au ministère, un rédacteur à l'Office Colonial, si cet arrêté a été pris sans l'avis préalable du

Conseil des directeurs, et en dehors des vacances dans l'emploi de rédacteurs.

Par voie de conséquence de cette illégalité initiale, le ministre commet un excès de pouvoir en autorisant la permutation de ce rédacteur, avec un sous-préfet de troisième classe en activité de service, et dès lors, la nomination de ce dernier comme rédacteur au ministère doit être également annulée — ou en appelant à divers emplois un fonctionnaire illégalement nommé.

Si d'après l'article 3 du décret du 8 mars 1887, modifié par le décret du 9 mai 1904, les rédacteurs au ministère de l'Intérieur peuvent être nommés inspecteurs des Enfants assistés, s'ils ont au moins huit ans d'exercice, les inspecteurs nommés dans ces conditions doivent être placés, à leur entrée dans le service, à la quatrième classe du grade. Dès lors, l'arrêté qui nomme un rédacteur au ministère inspecteur des Enfants assistés de première classe, est entaché d'excès de pouvoir.

Par voie de conséquence, est entaché d'excès de pouvoir l'arrêté qui nomme sous-chef de bureau de troisième classe, ce rédacteur de première classe illégalement nommé en cette qualité, et de nouveau illégalement nommé comme inspecteur de première classe du service des Enfants assistés.

Voilà les règles qu'a posées le Conseil d'Etat, le 1er juin 1906, dans le fameux arrêt Alcindor, et il a annulé toutes les nominations faites contrairement à ces règles. Depuis cette époque, un grand nombre de fonctionnaires ont suivi l'exemple

d'Alcindor, et nous avons de nombreux arrêts du Conseil d'Etat annulant des décisions de favoritisme.

Sont également entachées d'excès de pouvoir les décisions ministérielles qui inscrivent sur la liste d'aptitude au grade de sous-chef un rédacteur ne remplissant pas les conditions d'ancienneté requises (1), et celles qui tiennent compte pour l'inscription au tableau d'avancement, de services supplémentaires irrégulièrement ajoutés (Association des membres de l'administration des contributions directes, 4 mars 1910).

D'après le décret du 2 février 1907, les promotions aux grades de contrôleur principal ou de contrôleur-rédacteur principal des contributions directes doivent être faites d'après le rang d'ancienneté des contrôleurs et des contrôleurs-rédacteurs de 1re classe, en tenant compte des majorations d'ancienneté prévues à l'article 9 du décret de 1907, le choix ou le grand choix prévus par le même texte ne conférant que l'avantage de ces majorations dans la limite déterminée par le règlement — et si le dernier paragraphe de l'article 9 porte que « l'avancement de classe à l'ancienneté est un droit qui ne peut être refusé que par mesure disciplinaire, » la même règle s'applique à l'avancement au grade de contrôleur principal ou de contrôleur-rédacteur principal,

---

(1) Arrêts Alcindor, 27 novembre 1908 ; Tilloy, *idem*, Association fonctionnaires Marine, 12 décembre 1909.

assimilé par l'art. 9, paragraphe 2, à un avancement de classe, au point de vue des conditions de cet avancement (Association des membres de l'administration des Contributions directes).

En conséquence, la décision approuvant l'inscription de certains agents au tableau d'avancement pour le grade de contrôleur principal ou de contrôleur-rédacteur principal doit être annulée, si ces agents n'avaient pas, en joignant à leurs services effectifs le maximum des majorations d'ancienneté, dont ils pouvaient légalement bénéficier, une ancienneté supérieure à celle d'autres agents, qui n'ont pas été inscrits au tableau d'avancement (Association des membres de l'administration des Contributions directes).

Peines disciplinaires

Le Conseil d'Etat ne se contente pas d'annuler les nominations irrégulières ou les avancements trop rapides des fonctionnaires, il est encore très rigoureux à corriger les excès de la sévérité disciplinaire. Il se montre de plus en plus soucieux d'assurer aux fonctionnaires la sécurité de leur carrière.

L'article 86 de la loi du 5 avril 1884 dispose que « les maires peuvent être suspendus par arrêté du préfet pour un temps qui n'excède pas un mois et qui peut être porté à 3 mois par le ministre de l'Intérieur. »

Or, un maire suspendu pour un mois par son préfet, avait été ensuite révoqué par décret, puis le décret de révocation ayant été rapporté, le ministre, le jour même, portait la suspension à 3 mois. Le ministre, en faisant cela, violait la loi de 1884, car, quand le décret de révocation fut rapporté, le délai d'un mois à partir de l'arrêté de suspension du préfet était écoulé. La loi doit s'appliquer à la lettre, et c'est en vain que le ministre a prétendu devant le Conseil d'Etat qu'aucune discontinuité n'avait existé dans la peine disciplinaire infligée au maire.

Le Conseil d'Etat a annnulé la décision du ministre, car « le maire avait été suspendu de ses fonctions par arrêté préfectoral du 22 juillet 1906, et au 8 septembre 1906, le délai d'un mois pour lequel la suspension du requérant avait été légalement prononcée par le préfet, était expiré ; que dès lors cette suspension ne pouvait plus être portée à 3 mois par le ministre de l'Intérieur. » (1)

En fait les réclamations des fonctionnaires fondées sur une violation ou une fausse interprétation de la loi, sont souvent rejetées, mais ce n'est qu'après que le Conseil d'Etat a reconnu que le motif allégué était inexact.

Ainsi un fonctionnaire admis à faire valoir ses droits à la retraite pour ancienneté, demandait à continuer l'exercice de ses fonctions jusqu'à la

---

(1) Conseil d'Etat. Sauquet, 12 mars 1909.

délivrance de son brevet de pension, et prétendait qu'on avait violé la loi en lui refusant. Le Conseil d'Etat a répondu, à juste titre, que la loi permettait de lui refuser cette faveur, quand l'intérêt du service l'exigeait (1).

De même le fait qu'un ancien militaire a été reconnu par la Commission de classement des sous-officiers apte à remplir l'emploi de garde de cimetière à Paris, ne fait pas obstacle à ce que, postérieurement à sa nomination, il soit privé de son emploi, dans les conditions prévues par les règlements (Râcle, 15 mai 1908).

De même, le vice-recteur de l'Académie de Paris a pu, sans violer la loi du 27 février 1880, déléguer un suppléant au titulaire des fonctions de préparateur de géographie physique à la Faculté des Sciences de Paris et fixer, d'après les besoins du service, la durée de cette délégation (Chevalier, 21 décembre 1906).

Pour les officiers, la loi du 19 mai 1834 a prévu limitativement les cas dans lesquels un officier peut être mis en réforme, ce sont : l'inconduite habituelle, la faute grave dans le service ou contre la discipline, la faute contre l'honneur. Le décret qui prononcerait une mise en réforme pour une autre cause que celles énumérées, serait annulé alors même qu'il aurait été précédé de l'avis du Conseil d'enquête.

---

(1) Conseil d'Etat. Labarthe, 25 avril 1902 ; *ibid.*, Antonietti, 10 juillet 1908.

C'est ainsi qu'un décret ayant rapporté la nomination d'un officier, déjà insérée au *Journal Officiel* (mesure qui n'était qu'une révocation déguisée), le Conseil d'Etat a annulé ce décret qui « n'était fondé sur aucune des causes déterminées par la loi de 1834, et rendu en violation de cette loi. » (1)

Il a encore été décidé qu'il y avait eu violation de la loi à l'égard des officiers dans un cas tout spécial.

Il s'agissait de l'interprétation à donner à la loi du 22 juin 1886, dont l'article 4 dispose que « les membres des familles ayant régné en France ne peuvent entrer dans les armées de terre et de mer, ni exercer aucune fonction publique. »

En application de cette loi, le ministre de la Guerre avait rayé des cadres de l'armée des officiers descendant des familles régnantes : les ducs d'Aumale, de Nemours, de Chartres, d'Alençon, et les deux princes Murat.

Les trois premiers de ces princes qui avaient attaqué la décision du ministre devant le Conseil d'Etat, virent leurs pourvois rejetés, car ils étaient bien les descendants d'anciennes familles régnantes ; les deux princes Murat, au contraire, obtinrent gain de cause, et la décision du ministre qui les rayait des cadres fut annulée pour fausse application de la loi. (2)

---

(1) Conseil d'Etat. Menier, 13 mars 1852.
(2) Conseil d'Etat. Murat, 27 mai 1887.

« Considérant que les mesures exceptionnelles édictées par la loi du 22 juin 1886 ne sont applicables qu'aux membres des familles ayant régné en France ; que la famille Murat, à laquelle appartiennent les requérants, n'est pas de celles qui sont visées par ladite loi ; qu'ainsi les requérants sont fondés à soutenir que le ministre de la Guerre, en les rayant des contrôles de l'armée en vertu de la loi du 22 juin 1886, en a fait une inexacte application. »

Il peut y avoir aussi violation de la loi dans un autre sens plus général, à savoir qu'il n'y a pas violation d'une loi déterminée, mais de l'ensemble de notre système législatif, et des grandes idées qui le dominent.

Il y a certaines choses, qui, à défaut d'un texte législatif les consacrant, ne peuvent être faites par un administrateur.

Il ne suffit pas que les textes ne le défendent pas expressément pour que cela soit permis, il faudrait au contraire un texte pour les consacrer.

C'est ainsi qu'il est admis qu'un acte administratif ne peut produire d'effet que pour l'avenir, et qu'on ne peut lui faire produire un effet rétroactif.

C'est là un principe juste et naturel, qu'il n'est pas nécessaire de proclamer dans une loi.

Aussi le Conseil d'Etat a-t-il annulé des mesures de révocation auxquelles leur auteur avait voulu faire produire un effet rétroactif.

Il s'agissait d'un contrôleur des mines frappé

d'une mesure de révocation que le Conseil d'Etat a annulée en déclarant : « qu'en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire l'y autorisant, le ministre n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, donner à la révocation du sieur La Ruelle un effet rétroactif. (1)

---

(1) Conseil d'Etat. La Ruelle, 27 janvier 1893. Il en a été décrété de même dans un arrêt ; Grimaux, 21 mars 1901.

CHAPITRE IV

DU RECOURS EN RÉPARATION — LE RECOURS DE PLEIN CONTENTIEUX

Un fonctionnaire frappé d'une mesure disciplinaire n'a pas seulement le droit d'obtenir l'annulation de l'acte qui le frappe, ce qui n'est pour lui qu'une satisfaction morale, il a encore le droit d'obtenir une réparation matérielle du préjudice qui lui a été ainsi causé. Si cette réparation ne lui est pas accordée de bon gré par l'administration, il peut obtenir le respect de son droit par une action en justice en exerçant le recours de plein contentieux.

C'est aujourd'hui un principe nettement établi que c'est devant le Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative, que les fonctionnaires doivent réclamer les traitements, indemnités, et toutes autres réparations auxquelles ils ont droit.

Cette règle, qui paraît si simple aujourd'hui, a été très longue à s'établir, obscurcie qu'elle était par la fausse application des principes de notre droit public.

La première question qui s'est posée à ce sujet, était celle de savoir si ce contentieux relevait des tribunaux judiciaires ou des tribunaux administratifs.

La question s'est posée historiquement d'une façon différente pour les fonctionnaires de l'Etat, du département, et pour ceux des communes.

Mais les bornes de notre ouvrage ne nous permettent pas de retracer l'histoire de cette règle de compétence, qui est aujourd'hui très simple et très nettement établie, pour aussi intéressante qu'elle puisse être. Disons simplement que la règle de compétence est aujourd'hui la même pour tous les fonctionnaires de l'Etat, du département et de la commune. Mais à côté du Conseil d'Etat, juge de droit commun en cette matière, nous avons un juge d'attribution qui peut être compétent dans certains cas: c'est le Conseil de préfecture.

Compétence exceptionnelle du Conseil de Préfecture.

On sait que les conseils de préfecture sont des juges d'attribution, c'est-à-dire ne pouvant connaître que des matières qui leur ont été expressément attribuées par la loi.

Or, parmi ces matières relevant des conseils de préfecture, une est très importante, c'est la compétence, en matière de travaux publics, consacrée par la loi du 28 pluviôse an VIII, dont

l'article 4 dispose que : « Le Conseil de préfecture statuera sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ».

Si donc une ville choisit un ingénieur ou un architecte pour diriger les travaux publics qu'elle entreprend, et qu'elle révoque ensuite ce fonctionnaire, par exemple, on peut se demander quelle sera la juridiction compétente pour connaître des difficultés survenant sur le prix ou les indemnités que la ville pourra avoir à payer à l'ingénieur.

Une double compétence paraît, en effet, possible :

a) Celle du Conseil d'Etat qui, en vertu de sa juridiction de droit commun, pourra apprécier les conséquences de la révocation de cet ingénieur, qui n'est, en somme, qu'un fonctionnaire communal comme les autres.

b) Celle du Conseil de préfecture qui, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, est compétent pour trancher, en matière de travaux publics, les difficultés s'élevant entre l'ingénieur et la ville.

Ayant à se décider pour l'une de ces deux compétences, on pourrait faire valoir que les lois spéciales l'emportent sur les lois générales, et décider la compétence exclusive du Conseil de préfecture.

Mais le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, analysant minutieusement cette situation, ont fait une habile distinction qui réserve à

chacune des deux juridictions sa compétence propre.

Quand l'architecte révoqué a été engagé temporairement par la ville en vue d'une construction ou d'un ouvrage déterminé, le contrat qui le lie à la ville est un contrat annexe du marché de travail public, et le Conseil de préfecture est compétent pour en connaître.

S'agit-il, au contraire, d'un directeur des travaux communaux, de l'ensemble des travaux d'une ville présents ou à venir, et que sa réclamation se fonde uniquement sur le fait de sa révocation qui intervient sans pouvoir être rattachée à l'exécution d'un travail public déterminé; dans ce cas, ce n'est plus la législation des travaux publics qui est applicable, nous sommes en face d'un fonctionnaire municipal qui se trouve dans la même situation juridique que les autres employés communaux; et c'est le Conseil d'Etat qui est alors compétent pour connaître de sa réclamation.

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette distinction.

Le Tribunal des conflits, saisi d'une demande en indemnité formée contre une ville par un architecte voyer, chargé de l'exécution des travaux de cette ville, et qui avait été privé de son emploi, repousse la compétence du Conseil de préfecture en proclamant que « la demande en indemnité est fondée exclusivement sur le dommage résultant de la privation de l'emploi, et ne soulève aucune

difficulté relative aux travaux exécutés sous ses ordres (1). Il s'agissait bien, dans ce cas, en effet, d'un fonctionnaire municipal.

De même le Conseil d'Etat, dans une série d'arrêts dans lesquels il avait à statuer sur des demandes en indemnité formées par des ingénieurs ou des architectes municipaux à raison de la suppression de leur emploi, déclare « que ces demandes ne soulèvent aucune difficulté relative à l'exécution des travaux publics, et ne sont pas de celles auxquelles il appartient au Conseil de préfecture de connaître (2).

Au contraire, le Conseil d'Etat a reconnu que le Conseil de préfecture était compétent dans le cas où un ingénieur, à la suite d'un contrat passé avec une ville, avait été seulement chargé d'un travail déterminé et engagé pour un temps (3).

« Considérant, lit-on dans cet arrêt, que le sieur Bariat, qui avait été chargé, par la ville de Troyes, de la confection des plans et devis des travaux de captage des sources de Mons et Servigny, ainsi que de la direction et de la surveillance des travaux, a saisi le Conseil de préfecture d'une demande tendant à faire condamner la ville à lui payer l'indemnité de licenciement à laquelle il

---

(1) Tribunal des conflits Meister, 28 février 1879.

(2) Conseil d'Etat. Cadot, 12 janvier 1883 ; Drancey, 28 mars 1890 ; Wottling, 29 avril 1892 ; Bonnay, 14 décembre 1900 ; Faron, 28 juin 1907 ; Brousse, 31 janvier 1908.

(3) Conseil d'Etat. Bariat, 6 décembre 1907.

prétendait avoir droit; qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, il appartenait au Conseil de préfecture de connaître des difficultés qui pouvaient s'élever sur l'exécution de la convention intervenue entre la ville et le sieur Bariat ».

Ajoutons que si le litige porte sur le règlement des honoraires dus à l'architecte, la difficulté se rattache alors étroitement à l'exécution du marché de travaux publics. Le Conseil de préfecture est alors compétent, et sa compétence s'étend aux questions d'indemnité qui peuvent être liées aux questions d'honoraires. Aussi, la compétence du Conseil de préfecture a-t-elle été reconnue par le Conseil d'Etat dans des arrêts dans lesquels l'architecte requérant réclamait contre l'insuffisance des honoraires qui lui étaient accordés pour ses plans, et en même temps une indemnité pour le préjudice que lui causait sa révocation. (1)

Voici donc nettement établies les règles de compétence qui sont les mêmes pour tous les fonctionnaires métropolitains; nous devons dire quelques mots, maintenant, des règles spéciales de compétence concernant les fonctionnaires de l'Algérie et de nos autres colonies.

---

(1) Conseil d'Etat, 26 décembre 1867, ville du Mans; Stéfanopoli, 31 janvier 1902.

Fonctionnaires de l'Algérie et des Colonies

L'Algérie est, depuis la loi du 19 décembre 1900, investie de la personnalité et constitue à ce titre une unité administrative et financière distincte des trois départements dont elle est composée.

Mais il n'existe en Algérie aucune juridiction administrative locale, si bien que les fonctionnaires algériens sont dans la même situation que les fonctionnaires de la Métropole, et leurs actions dirigées, soit contre la colonie, soit contre les départements et communes algériens, doivent être portées devant le Conseil d'Etat.

Pour les autres colonies, il en est différemment, car il existe une juridiction administrative spéciale dans chacune d'elles : le Conseil du contentieux administratif, composé du Conseil privé auquel s'ajoutent deux magistrats de l'ordre judiciaire. On sait que ce Conseil est juge de droit commun en matière administrative pour tout ce qui concerne le contentieux local, sauf dérogations expresses prévues par les lois ; tandis que pour tout ce qui concerne les contentieux de l'Etat, au contraire, c'est le Conseil d'Etat qui est compétent, sauf dérogations expresses prévues par la loi, attribuant compétence au Conseil du contentieux.

Dès lors un fonctionnaire colonial veut-il intenter une action en indemnité à raison d'une peine disciplinaire, dont il a été injustement

frappé, et connaître le juge compétent, il peut faire une distinction.

Veut-il intenter son action contre la colonie ou contre une commune de cette colonie, c'est au Conseil du contentieux qu'il devra s'adresser.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat en a décidé à propos d'une compensation réclamée par un trésorier particulier des colonies entre le débet mis à sa charge et l'indemnité qu'il réclamait à raison de la suppression de son emploi, car « la contestation à laquelle peuvent donner lieu les réclamations du requérant contre la colonie rentre dans le contentieux administratif dont il appartient au Conseil privé, constitué en Conseil du contentieux administratif, de connaître (1) ».

Le fonctionnaire colonial veut-il, au contraire, intenter son action contre l'Etat, c'est-à-dire contre l'Administration centrale, c'est alors au Conseil d'Etat qu'il devra adresser sa requête.

Les règles de compétence concernant le recours de plein contentieux sont donc aujourd'hui nettement établies pour tous les fonctionnaires. Et si l'on excepte les-quelques règles spéciales et exceptionnelles concernant le Conseil de préfecture et le Conseil du contentieux des Colonies, on peut voir que cette compétence est simple, puisqu'elle est unique et la même pour tous les fonctionnaires.

---

(1) Conseil d'Etat Garnier, 20 juillet 1877 ; Rampant, 28 juillet 1882.

Cas exceptionnel ou la compétence est judiciaire

C'est le cas où le fonctionnaire réclamera une indemnité non à la personne morale, mais à l'auteur de l'acte de la mesure disciplinaire qui a engagé sa responsabilité personnelle en commettant une faute lourde.

Il convient ici de faire application de la distinction classique entre la faute administrative ou faute légère ou de service et la faute lourde ou personnelle.

Si le supérieur qui révoque, par exemple, fait un acte irrégulier causant un dommage, qui selon l'expression de M. Laferrière « révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, » l'acte reste administratif, la personne morale supportera la faute commise par son agent et la compétence sera celle de la juridiction administrative.

Si, au contraire, le supérieur a causé un dommage par un acte où sa personnalité se révèle par des faits de droit commun, voies de fait ou dol, alors la faute est imputable au supérieur lui-même. C'est lui et non la personne morale, au nom de laquelle il a agi, qui devra supporter les conséquences dommageables de son acte. Sa responsabilité découle de l'article 1382 du Code

civil et c'est devant les tribunaux judiciaires que l'inférieur révoqué devra intenter son action.

C'est ainsi qu'a été considéré comme faute administrative l'acte par lequel le directeur d'une maison centrale a causé un dommage à un commis aux écritures de cette maison en l'expulsant conformément à une décision ministérielle qui le révoquait, car, déclare l'arrêt du Tribunal des Conflits : « les faits articulés ne sauraient constituer une faute personnelle caractérisée, et qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire de connaître d'une action de cette nature. (1) »

A été, au contraire, considéré comme faute personnelle l'acte d'un maire qui, par une note confidentielle, avait ordonné de ne point requérir l'intervention d'un médecin, régulièrement inscrit sur la liste des médecins chargés du service d'assistance de nuit, et causé ainsi un préjudice à ce dernier.

Il y avait bien dans ce cas faute personnelle, car le maire avait agi sciemment dans un but de vengeance personnelle.

Aussi le Conseil d'Etat, saisi du recours du médecin, s'était-il déclaré incompétent pour en connaître (2) ; et le Tribunal des conflits a confirmé cette opinion en déclarant : que le maire en agissant ainsi « n'avait pas eu en vue la bonne gestion des services publics confiés à sa vigilance.

---

(1) Tribunal des conflits. Cauvet, 1er juin 1889.
(2) Conseil d'Etat. Vauriot, 8 mars 1907.

mais avait cédé au désir de priver le sieur Vauriot du bénéfice de son inscription, au mépris d'un arrêté duquel, en tant que maire, il était tenu d'assurer la stricte exécution ; et que le soin qu'il a eu de prescrire que ledit ordre demeurerait confidentiel témoignait qu'il ne se serait point mépris sur l'illégalité ainsi commise et aurait seulement voulu se mettre à l'abri de toute responsabilité ; que les faits ainsi articulés par Vauriot à l'appui de sa demande en indemnité constitueraient, s'ils étaient établis, des fautes personnelles au sieur Crouzet et se détachant de l'exercice de ses fonctions de maire de Nîmes, qu'à ce titre c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'en connaître. »

La question de fond

Quand un fonctionnaire frappé d'une mesure disciplinaire irrégulière a obtenu l'annulation de cette mesure en intentant un recours pour excès de pouvoir, il obtient une satisfaction morale, mais qui bien souvent n'est que platonique, d'abord parce que l'Administration pourra de nouveau prendre la même mesure le lendemain, en faisant l'acte régulièrement, et ensuite parce que l'Administration ne se trouve pas contrainte par l'arrêt d'annulation de réaliser les conséquences pratiques qui découlent de cette annulation.

La révocation d'un fonctionnaire par exemple

ayant été annulée, l'agent doit en conséquence être réintégré, être restitué dans son grade et toucher son traitement qui lui a été injustement retenu. Sans doute, l'Administration, le plus souvent, opèrera d'elle-même cette remise en l'état, mais si elle ne le fait pas, il faut que le fonctionnaire ne reste pas désarmé et obtienne satisfaction complète de ses droits. Il le pourra en intentant le recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, qui est le recours en réparation.

En intentant ce recours, il pourra obtenir une double satisfaction : d'abord la *remise en l'état* (réintégration, rappel de traitement), grâce à laquelle il sera exactement remis dans le même état que si la révocation n'avait pas été prononcée.

Il pourra encore obtenir l'*allocation d'une indemnité* pécuniaire quand il aura subi, du fait de sa révocation, des préjudices injustifiés dont il doit être dédommagé.

I De la remise en l'état

Quand un fonctionnaire, révoqué ou frappé d'une autre mesure qui le prive de son emploi, a obtenu par le recours pour excès de pouvoir l'annulation de la mesure qui le frappe illégalement, il appartient à l'Administration de réparer le préjudice qu'elle a causé à son agent, et cela en le rétablissant exactement dans le même état

que si l'acte illégal n'avait pas été pris, en opérant une véritable *restitutio in integrum*

Et c'est dans le cas où l'Administration n'y procède pas d'elle-même, que le fonctionnaire aura le moyen de l'obtenir en intentant le recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat.

Cette remise en l'état, en quoi consiste-t-elle ?

C'est pour le fonctionnaire illégalement frappé, le droit d'être rétabli dans sa fonction et dans son grade avec l'ancienneté dont il aurait bénéficié, s'il n'avait pas été frappé ; c'est même le droit d'obtenir l'avancement à la date à laquelle il aurait dû légitimement se produire ; c'est enfin le droit d'obtenir les profits pécuniaires attachés à sa fonction, à dater du jour où il a été injustement frappé jusq'au jour de sa réintégration.

1° *Restitution du Traitement*

Après quelques hésitations, le Conseil d'Etat devait déclarer qu'un fonctionnaire frappé par une mesure irrégulière, et même ayant cessé ses fonctions à la suite de cette mesure, aurait droit au rappel de son traitement du jour de la cessation de ses fonctions jusqu'au jour où il serait rétabli dans les cadres ou régulièrement frappé. Dans ce cas, le compte des arrérages qui seront dus au fonctionnaire ne sera pas exclusivement établi sur le traitement de la fonction occupée au jour de la mesure irrégulière, mais, au cas, par exemple, d'un avancement manqué, sur les traitements

afférents aux grades successifs que le requérant aurait occupés, s'il n'avait pas été frappé. (1)

Ce n'est là que l'application du principe de droit du *damnum emergens et du lucrum cessans.*

Mais les fonctionnaires n'ont droit qu'à leur traitement pur et simple, et non aux intérêts aussi importants qu'ils puissent être, car, déclare le Conseil d'Etat, aucune disposition de loi n'autorise à accorder des intérêts aux fonctionnaires pour retard dans le paiement de leurs traitements.

Le rappel de traitement est au contraire refusé au cas où le fonctionnaire, frappé d'une mesure irrégulière, a été atteint auparavant par une mesure disciplinaire qui lui fait perdre son droit au traitement, car cette première mesure garde sa valeur. (2)

Le rappel de traitement est encore refusé si, pendant le temps pendant lequel le fonctionnaire a été illégalement privé de son emploi, le poste qu'il occupait précédemment a été supprimé. Car il ne peut être accordé de traitement pour une fonction qui n'existe plus.

C'est ainsi qu'un bibliothécaire du ministère de la Marine, relevé de ses fonctions, et qui avait fait annuler cette décision par le Conseil d'Etat, s'est

---

(1) Conseil d'Etat. Le Cadre, 24 mai 1889 ; Morton, 27 novembre 1891 ; Abbé Marin, 19 novembre 1897.

(2) Conseil d'Etat. Bergez, 28 février 1908 ; Baptistide, 4 juin 1897.

vu refuser le rappel de son traitement parce que « l'emploi de bibliothécaire du ministère de la Marine a été supprimé par un décret du 23 mai 1898, et n'a été rétabli que par décret du 27 août 1898 ; qu'il suit de là que si le sieur Fontin peut prétendre au rappel du traitement qui lui aurait été alloué du 5 mai 1896 au 23 mai 1896, il n'est pas fondé à réclamer le rappel du même traitement pour la période écoulée entre le 23 mai 1896 et le 27 août 1898, au cours de laquelle il n'y avait pas d'emploi de bibliothécaire au ministère de la Marine. »

2° *De la Réintégration dans les Cadres, et du Respect du Grade.*

En plus du rappel du traitement, le fonctionnaire, illégalement révoqué ou frappé de toute autre mesure analogue, a droit, pour obtenir la remise complète en l'état, d'être réintégré dans sa fonction.

C'est ainsi que dans un arrêt Toutain du 9 juin 1899, un sous-directeur à la direction de la Marine marchande, qui avait fait annuler par le Conseil d'Etat, la mesure de révocation illégale dont il avait été l'objet, attaquait de nouveau la décision du ministre qui lui refusait, outre son rappel de traitement, la réintégration dans le poste qu'il occupait le jour où avait été prise la décision annulée. Le Conseil d'Etat lui a donné gain de cause en décidant « que la décision prise par le

Président de la République à l'égard du sieur Toutain ayant été annulée, le requérant était fondé à réclamer au ministre... sa réintégration effective dans les fonctions de son grade au ministère de la Marine. »

Les requérants obtiennent donc complète satisfaction, par la combinaison du rappel de traitement et de la réintégration. Il peut cependant se présenter certains cas dans lesquels, malgré ces deux réparations, l'intéressé n'obtiendra pas la remise complète en l'état, et où quelque autre dommage subsistera de sa révocation, qu'il conviendra de réparer.

Ce cas se présentera surtout pour les officiers qui, en raison de leur situation spéciale, sont propriétaires de leur grade, et qui de plus, dans certains cas, ont droit à l'avancement qui se fait automatiquement à l'ancienneté. Ils ont donc droit, quand leur révocation ou tout autre acte analogue ont été annulés, d'être réintégrés, mais non seulement dans le grade qu'ils avaient lors de leur révocation, mais dans celui qu'ils auraient obtenu s'ils étaient restés en service, car ils ne doivent pas être privés du bénéfice du tour à l'ancienneté qui s'est produit pendant qu'ils étaient absents au service par suite de leur révocation.

Autrement ils subiraient un dommage, car l'avancement à l'ancienneté est pour eux un droit certain, à la différence de l'avancement au choix qui n'est qu'une simple probabilité.

La remise en l'état ne sera donc parfaite pour les officiers que s'ils obtiennent la réintégration dans leur grade, et que leur tour à l'ancienneté rétroagit à compter du jour où ils auraient dû être régulièrement promus.

Une application intéressante de ce principe a été faite dans un arrêt célèbre intenté par quatre officiers de Marine parmi lesquels le lieutenant de vaisseau Viaud, plus connu comme écrivain sous le nom de Pierre Loti (Viaud, 30 novembre 1900). Ceux-ci ayant été irrégulièrement mis à la retraite d'office et ayant obtenu l'annulation de cette décision pour excès de pouvoir, avaient demandé à l'Administration de compléter les effets réparateurs de cet arrêt de principe. Ils furent en effet réintégrés, et un décret les nomma au grade supérieur, au tour de l'ancienneté, pour ne prendre rang qu'à la date de la vacance qu'ils étaient appelés à combler.

Ils estimèrent qu'ainsi la remise en l'état n'était pas complète, et ils demandèrent au Conseil d'Etat de réformer cette décision en décidant que leur ancienneté devait compter du jour où ils auraient été régulièrement promus si la décision annulée n'avait jamais existé.

Le Conseil d'Etat leur a donné gain de cause jusqu'au bout. Il a observé que dans le corps des officiers de la Marine, les nominations au grade de capitaine de frégate ont lieu moitié à l'ancienneté et moitié au choix, et que l'ancienneté est déterminée par le rang d'inscription sur l'état général

des officiers de Marine, et que dès lors le rang d'ancienneté constituait un véritable droit comme la propriété même du grade, et il a rendu l'arrêt suivant : « Le Conseil d'Etat, ayant sur le pourvoi du sieur Viaud annulé la décision qui avait mis le requérant à la retraite, cet officier doit être considéré comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre des lieutenants de vaisseau en activité ; qu'il suit de là que c'est à tort que le décret attaqué, en le nommant capitaine de frégate au tour de l'ancienneté, dispose qu'il ne prendra rang dans ce grade qu'à la date du 1er mai 1899, à laquelle s'était ouverte la vacance dont il profitait en fait, et qu'il est en droit de soutenir que son ancienneté doit compter du 22 avril 1899, jour où il eut été régulièrement promu, si la décision annulée n'avait jamais existé, c'est-à-dire du jour où le sieur Roques, premier lieutenant de vaisseau inscrit après lui sur la liste des officiers de ce grade, a été promu capitaine de frégate au tour de l'ancienneté. »

Ainsi donc par cette remise en l'état que le fonctionnaire obtiendra de l'administration elle-même, ou qu'en cas de refus de celle-ci, le juge administratif lui accordera, les effets dommageables qu'avaient produit à son égard la mesure illégale, disparaîtront complètement. Mais dans certains cas cependant tout le préjudice à lui causé ne sera pas réparé par cette seule remise en l'état, et il faudra recourir à un autre procédé de réparation : l'allocation d'une indemnité pécuniaire.

II De l'allocation d'indemnités du fait de la révocation ou de toute autre mesure analogue. — Evolution de la jurisprudence en cette matière.

Le point de départ, c'est le principe de l'irresponsabilité absolue de l'administration. C'était la théorie de l'ancien régime, basée sur le principe du droit divin, en vertu duquel le roi est maître absolu du royaume et des biens de ses sujets et qu'étant infaillible, il ne peut mal faire.

Au début, le Conseil d'Etat, qui, comme nous l'avons vu, s'était déclaré compétent pour juger les réclamations des agents de l'Etat, appliquait à la lettre ce principe de l'irresponsabilité de la puissance publique et rejetait au fond leurs actions en indemnité. (1)

Pendant ce temps, l'autorité judiciaire qui s'était reconnue compétente pour juger les réclamations des agents départementaux et communaux, appliquait les règles du Code civil et admettait l'existence d'un contrat de louage de services ; et en conséquence elle accordait à ces fonctionnaires des indemnités non seulement pour les dommages que leur causait leur révocation, mais encore pour renvoi brusque et injustifié, selon la

(1) Conseil d'Etat. Hérite, 15 avril 1842 ; *id.* L'Allour, 14 mars 1873.

jurisprudence applicable aux ouvriers de l'industrie privée.

C'est ainsi que la Cour de Nimes, saisie du recours d'un jardinier municipal dont l'emploi a été supprimé par mesure d'économie, et qui a été privé de son droit à pension en vue de laquelle il a fait des versements, lui accorde, à titre de dommages-intérêts, la restitution des retenues opérées sur son traitement. (1)

De même, la Cour de Lyon, dans un arrêt longuement motivé, accorde une indemnité à un secrétaire de mairie révoqué. (2)

De même encore le Tribunal de Marseille accorde des indemnités à quatre chefs de division de la mairie, qui du jour au lendemain ont été relevés de leurs fonctions, et il déclare « qu'en entrant dans l'Administration, le fonctionnaire peut espérer n'être pas livré aux caprices d'un patron », et que par ses versements à une caisse de retraite, il peut espérer plus de sécurité pour son avenir. Et il se fonde, pour la fixation de l'indemnité, sur l'importance de la fonction, la durée des services, la difficulté de retrouver un emploi et sur l'étendue des études et des connaissances spéciales exigées de ces fonctionnaires (3).

---

(1) Cour de Nimes. Ville d'Avignon contre Darde, 23 mai 1865.

(2) Cour de Lyon. Maire de Roanne contre Lepreux, 3 février 1872.

(3) Tribunal de Marseille. De Bovis, 2 août 1878.

La jurisprudence adoptée par les Tribunaux judiciaires vis-à-vis des agents locaux était donc équitable en soi et très favorable aux intéressés. Elle faisait un contraste frappant avec la jurisprudence rigoureuse du Conseil d'Etat vis-à-vis des fonctionnaires de l'Etat auxquels il opposait la fin de non-recevoir tirée de l'irresponsabilité de la puissance publique.

Même vers 1880, lorsque les trois juridictions se furent mises d'accord pour proclamer la compétence administrative, tant pour les fonctionnaires de l'Etat que pour ceux des départements et des communes, le Conseil d'Etat repousse indistinctement toutes les demandes d'indemnité formées tant par les fonctionnaires de l'Etat (1) que par les fonctionnaires communaux. (2)

La cause invoquée à l'appui de tous ces rejets est toujours la même : c'est toujours le principe de l'irresponsabilité absolue de l'administration en ce qui concerne les actes de puissance publique.

C'est M. Laferrière qui en avait posé le principe. Pour lui l'Administration agissait dans sa mission de plusieurs façons : par des *actes de gestion,* qui sont les actes d'administration courante par lesquels elle gère la chose publique ;

---

(1) C'est ainsi qu'il rejette le pourvoi d'un employé des chemins de fer de l'Etat révoqué (Chervet, 10 juill. 1885).

(2) Conseil d'Etat. Cadot, 13 décembre 1889 ; Drancey, 28 mars 1890 ; Wothing, 29 avril 1892 ; Nil, 11 juillet 1894 ; Burgat, 8 août 1899 ; Lecoq, 3 février 1899 ; Bergeon, 9 juin 1899.

par des *actes de puissance publique,* qui sont tous ceux accomplis par l'Administration en vue d'assurer par des injonctions et des commandements, le fonctionnement des services publics et imposer à tous le respect des lois et des règlements. Parmi ces actes, figurent en premier lieu les actes de police qui en sont le type le plus pur et aussi les actes qui régissent les rapports de l'Etat avec ses fonctionnaires. Enfin, au-dessus M. Laferrière plaçait les *actes de souveraineté,* les actes législatifs et le gouvernement.

Comme conséquence de cette classification, il avait posé le principe que la « responsabilité de l'Etat est d'autant plus restreinte que sa fonction est plus haute. »

Et tandis que cette responsabilité existait tout entière pour les actes de gestion, les actes de souveraineté étaient, au contraire, exempts de toute responsabilité et même de tout recours.

Pour les actes de puissance publique , « la règle qui domine, dit M. Laferrière, est celle de l'irresponsabilité pécuniaire de l'Etat. »

Comme nous venons de le voir, la jurisprudence avait confirmé cette théorie par de nombreux arrêts et c'est en son nom qu'elle refusait une indemnité aux requérants.

Mais les principes d'une bienveillante équité, qui se développaient de jour en jour au sein du Conseil d'Etat vis-à-vis des autres citoyens requérants et même vis-à-vis des fonctionnaires dans certains cas, devaient amener le haut Tribunal à

modifier sa jurisprudence. Mais cette évolution ne devait se produire que lentement et par étapes.

Ce grave principe de la responsabilité de l'Etat, le Conseil d'Etat, toujours prudent, ne devait l'admettre que peu à peu et le laisser implicitement sous-entendre dans ses arrêts avant de le proclamer ouvertement.

Le premier pas dans cette voie fut fait en 1899 dans l'arrêt Toutain (9 juin 1899).

Dans cet important arrêt, un sous-directeur du ministère de la Marine, après avoir fait annuler pour excès de pouvoir la décision de révocation illégale dont il avait été l'objet, avait obtenu la réintégration dans son emploi et le rappel de son traitement pendant le temps pendant lequel il avait été illégalement exclu de son emploi. Mais le sieur Toutain demandait, en outre, au Conseil d'Etat de lui octroyer des dommages-intérêts à raison du préjudice dont il avait souffert du fait de sa révocation.

Le Conseil d'Etat, au lieu de rejeter purement et simplement cette demande, comme il le faisait autrefois, par la simple fin de non-recevoir tirée de l'irresponsabilité de l'Etat, à raison des actes de puissance publique, n'écarte sa demande qu'au fond parce qu'il juge que la perte de son traitement est le seul préjudice certain qu'ait souffert le requérant et « que l'allocation au sieur Toutain de son traitement constitue la seule réparation à laquelle celui-ci soit fondé à prétendre. »

Ce changement de jurisprudence nous paraît capital, car il résulte implicitement de la déclaration du Conseil d'Etat, que si le requérant avait souffert un autre dommage que la perte de son traitement, il lui aurait accordé une indemnité. Et l'on pouvait dès lors raisonnablement espérer qu'il complèterait sa réforme, lorsqu'une telle espèce se présenterait devant lui.

Cette espèce ne se présenta pas tout d'abord, mais, en 1903, le Conseil d'Etat eut l'occasion, dans une affaire *Le Berre* (29 mai 1903), de renforcer la thèse qu'il avait admise dans l'arrêt Toutain et d'admettre d'une façon plus précise le principe de la responsabilité de la puissance publique. Mais, comme dans l'arrêt précédent, la demande d'indemnité admise comme recevable devait être repoussée aussi au fond pour manque de préjudice certain subi par le requérant.

Ainsi disparaissait l'ancienne et fameuse distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion ; la responsabilité de l'Etat, qui n'était autrefois reconnue que pour les actes de gestion, l'était maintenant aussi pour les actes de puissance publique. La distinction n'avait plus alors de raison d'être, elle s'éteignait faute d'intérêt et de critérium certain.

A partir de cet arrêt, la doctrine qui se dégage des arrêts du Conseil d'Etat est très nette ; il admet, mais d'une façon implicite seulement, que les fonctionnaires civils ou militaires peuvent obtenir réparation des conséquences domma-

geables résultant pour eux de toute mesure disciplinaire prononcée en violation des règles plus ou moins strictes qui garantissent leur état. Souvent cette réparation consistera uniquement dans l'allocation des traitements qui ont été injustement retenus, parce que c'est là souvent le seul préjudice direct et certain qu'ils auront souffert ; mais le Conseil d'Etat admet implicitement, et les conclusions des commissaires du gouvernement le disent ouvertement, en cas de circonstances exceptionnelles et si d'autres dommages étaient occasionnés au fonctionnaire, celui-ci en obtiendrait aussi la réparation.

Au contraire si la mesure disciplinaire est régulière, le fonctionnaire n'aurait droit à aucune réparation.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat refusait tout droit à indemnité au fonctionnaire révoqué à la suite d'une suppression d'emploi, parce que cette mesure avait été prise légalement ; ou du moins il n'admettait cette indemnité que dans les cas très rares où des stipulations réglementaires ou contractuelles avaient expressément prévu des indemnités pour licenciement.

Mais le Conseil d'Etat ne devait pas tarder à s'apercevoir de la situation inégale et injuste qui était faite aux fonctionnaires qui ne jouissaient pas du bienfait de telles conventions, et pour rétablir la justice entre tous, il devait être bientôt amené à décider qu'en l'absence de conventions expresses, des conventions tacites pourraient être

sous-entendues dans chaque cas, en vertu desquelles l'Administration est présumée s'obliger à indemniser ses agents des préjudices qu'elle leur cause, en prenant une mesure disciplinaire, sans faute de leur part, d'une façon brusque ou injustifiée.

Ce nouveau progrès devait s'accomplir quelques mois après l'arrêt Le Berre, dans l'arrêt Villenave du 11 décembre 1903.

Par cet important arrêt, le Conseil d'Etat admettait que des indemnités pouvaient être accordées aux fonctionnaires lorsqu'ils sont brusquement licenciés de leur emploi ou frappés de toute autre mesure analogue, non seulement quand cette mesure est irrégulière, mais même quand elle est régulièrement prise. Mais pour que cette mesure régulière donne droit à indemnité, il faut qu'elle ait été prononcée non par mesure disciplinaire, après une faute de l'agent, mais qu'elle résulte d'une suppression d'emploi prononcée par mesure administrative, ce qui implique qu'il n'y a pas faute de l'agent.

Dans le cas de sanction prise par mesure disciplinaire, la preuve devra être faite par le fonctionnaire qu'il subit, du fait de cette sanction, un préjudice injustifié ; et s'il fait cette preuve, on ne voit pas en vertu de quel principe le droit à indemnité ne lui serait pas aussi reconnu.

En somme, depuis l'arrêt Villenave, une règle nouvelle, capitale dans ses conséquences, venait d'être admise par le Conseil d'Etat, et qu'il devait

généraliser et admettre dans toutes ses conséquences. Cette règle peut s'énoncer ainsi : tout fonctionnaire régulièrement ou irrégulièrement frappé d'une mesure disciplinaire, a droit à une indemnité, quand il subit du fait de cette mesure un dommage quelconque, direct et certain, et qu'il prouve être injustifié.

C'était là sans doute une innovation colossale que le Conseil d'Etat venait implicitement de réaliser par son arrêt Villenave et l'évolution commencée devait se terminer ou plutôt se poursuivre, la règle capitale que nous signalions comme conséquence de l'arrêt Villenave, devait recevoir une consécration expresse et définitive. Elle l'obtint par l'arrêt Lacourte (15 février 1907).

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a décidé : « qu'il résulte de l'instruction que le sieur Lacourte, employé pendant plus de 24 ans à la mairie du Cateau, et qui y occupait pendant plusieurs années les fonctions de secrétaire général de la mairie avec les traitements et allocations de 3.500 francs, a été, par une lettre du maire de cette commune, révoqué de son emploi, sans qu'aucune faute pût être relevée contre lui ; que cette mesure, dans les circonstances où elle est intervenue, a causé au sieur Lacourte un préjudice dont il est fondé à demander réparation. »

« Considérant que le sieur Lacourte ayant rempli, effectivement les fonctions de secrétaire général de la mairie jusqu'au 30 juin 1904, les sommes qu'il a reçues de la commune à titre de

traitement pour les mois de mai et juin 1904, ne sauraient constituer une réparation du dommage à lui causé, qu'il sera fait une équitable appréciation du dommage en allouant une indemnité de 3.500 francs au sieur Lacourte. »

On ne peut que se féliciter hautement de la réforme accomplie par cet arrêt, et qu'on peut résumer en disant :

Toute révocation ou toute autre mesure analogue non justifiée entraîne la responsabilité du patrimoine administratif.

Cet arrêt, qui est le couronnement de l'évolution de jurisprudence que nous avons retracée, n'est donc pas un arrêt de circonstance ; il a d'ailleurs été confirmé en 1908 par un arrêt rendu dans des circonstances analogues. (1)

Ainsi donc, les fonctionnaires révoqués, soit par mesure disciplinaire, soit par suppression d'emploi, ont droit à la réparation des dommages qui leur sont causés. En général, ils seront suffisamment indemnisés par leur remise en l'état opérée par l'administration, et ce n'est que lorsque d'autres dommages subsisteront, qu'ils devront être réparés par une indemnité en argent.

Seulement, c'est au fonctionnaire, rappelons-le, qu'il incombera de prouver la réalité du dommage qu'il a subi. Ce dommage devra être *direct*, c'est-à-dire être la conséquence immédiate de la révoca-

(1) Conseil d'Etat. Brousse, 31 janvier 1908 ; Lecompte, 24 juin 1910.

tion, il devra aussi être *matériel*. Mais ce mot doit être entendu dans un sens très large, et comprendre aussi le préjudice moral, c'est-à-dire une atteinte à l'honneur et à la considération. D'ailleurs ce discrédit moral n'a-t-il pas une répercussion sur la carrière et la fortune de ceux qui en sont victimes, et ne devient-il pas en ce sens un dommage matériel ? Enfin le dommage doit être *certain,* et non seulement probable ou éventuel.

Nous devons maintenant nous demander si la responsabilité qui incombe à l'administration ne peut pas se trouver, dans certains cas, atténuée et même annihilée par la faute de la victime, ou bien par des limitations forfaitaires apportées à la responsabilité de l'administration par certains textes de loi.

Envisageons rapidement chacun de ces points:

Il est équitable qu'en *cas de faute du fonctionnaire* révoqué, la responsabilité qui incombe à l'administration disparaisse, ou du moins soit atténuée par une juste compensation entre les deux responsabilités (1).

C'est ainsi qu'une indemnité est refusée à un architecte municipal révoqué, parce qu'il « résulte de l'expertise que le retrait de la direction des travaux confiés au requérant a été motivé par des

---

(1) Conseil d'Etat. Lecompte, 24 juin 1910.

irrégularités et des négligences imputables à l'architecte (1).

Et de même aucune indemnité n'est due à un agent-voyer, directeur de la voirie d'une ville, pour la suppression de son emploi, car celui-ci ayant donné sa démission, ne peut s'en prendre qu'à lui du préjudice que cette prétendue révocation lui a causé (2).

C'est là une solution très équitable qui apparaît comme une juste limite apportée à la responsabilité de l'Administration.

Voyons maintenant les cas dans lesquels les textes législatifs ou réglementaires ont apporté *des limitations forfaitaires à la responsabilité de l'Administration* en cas de révocation par suppression d'emploi.

Nous avons parlé précédemment de la distinction importante qu'il y avait à faire entre la révocation par mesure disciplinaire et celle par suppression d'emploi, cette dernière ne s'inspirant que des besoins du service administratif, et ne se rapportant en rien à la conduite de l'agent. L'agent licencié souffre donc un préjudice d'une façon injuste. Le législateur et certaines administrations publiques s'étaient depuis longtemps rendu compte du peu d'équité et des conséquences fâcheuses que ces suppressions d'emploi entraînaient tant pour le fonctionnaire lui-même que

---

(1) Conseil d'Etat. Stefanopoli, 31 janvier 1902.
(2) Conseil d'Etat. Faron, 28 juin 1907.

pour le service public, à cause du discrédit que de telles pratiques entraînaient.

Des remèdes avaient été depuis longtemps apportés à cette situation, par l'allocation aux fonctionnaires d'indemnités sous forme de pensions. Mais ce qu'il est intéressant de remarquer, c'est que les textes qui prévoient ces pensions n'en posent pas seulement le principe, laissant au juge le soin de déterminer la quotité dans chaque cas; ils ont voulu limiter forfaitairement la responsabilité qui peut incomber à l'Administration de ce chef, en fixant une fois pour toutes les bases qui serviraient à calculer la quotité de la pension.

Pour les agents de l'Etat, des pensions pour suppression d'emploi leur sont accordées par les textes qui les régissent. Ainsi, l'article 11 de la loi du 9 juin 1853 accorde des pensions, moyennant certaines conditions d'âge et de service, « à ceux dont l'emploi a été supprimé ». De même, de nombreux textes concernant les agents coloniaux prévoient des indemnités en cas de licenciement (1).

De même, beaucoup de règlements de caisses de retraites municipales accordent des pensions aux employés victimes de mesures dictées par des considérations administratives.

Citons encore, dans cet ordre d'idées, le décret du 10 novembre 1903 sur les sapeurs-pompiers,

---

(1) Ainsi le décret du 23 décembre 1897 sur la solde et accessoires de solde du personnel colonial. Décret du 18 janvier 1905 Personnel des travaux publics coloniaux.

qui apporte à ces employés communaux une certaine garantie contre la suppression de leur emploi, en disposant dans son article 3 : que les communes, avant d'organiser un corps de sapeurs-pompiers, devront *s'engager à y subvenir pour quinze ans.*

Quand de tels textes existent, prévoyant des pensions en cas de suppression d'emploi, le Conseil d'Etat les interprète très strictement et à la lettre, aussi durs qu'ils puissent paraître dans certains cas. Il se garde bien en cette matière d'étendre les textes.

Mais lorsqu'un fonctionnaire se voit ainsi refuser tout droit à pension, parce qu'il ne remplit pas exactement les conditions exigées par les règlements, il n'est pas pour cela dépourvu de tout droit à indemnité, il se trouve alors dans la situation des autres fonctionnaires pour lesquels des réparations forfaitaires n'ont pas été prévues en cas de licenciement, mais qui cependant peuvent, comme nous l'avons vu, obtenir des indemnités, quand un préjudice leur est injustement causé.

La différence entre les deux cas sera celle-ci, c'est que, en cas de pension prévue par les textes, le fonctionnaire, sans avoir aucune preuve à faire, sera sûr de l'obtenir, s'il est dans les conditions voulues ; mais, par contre, il ne pourra obtenir rien d'autre que cette pension, dont le juge ne peut modifier la quotité ni en plus, ni en moins.

Dans la situation de droit commun, au contraire, et en l'absence de tout texte, le juge pourra

repousser totalement la demande d'indemnité si la preuve du préjudice ne lui est pas suffisamment faite ; mais il pourra aussi, en toute liberté, fixer la quotité de l'indemnité au chiffre qu'il jugera équitable d'après les circonstances de l'affaire.

En présence donc d'un texte prévoyant une indemnité de licenciement, le droit commun en matière de responsabilité est écarté; le requérant ne saurait, s'il juge l'indemnité insuffisante, renoncer au bénéfice de la pension, et en réclamer une autre. A l'égard des bénéficiaires du droit à pension, le forfait légal est absolu et ne laisse place à aucune autre action en réparation.

La Procédure

Il ne suffit pas qu'une juridiction accueille d'une façon bienveillante les pouvoirs des requérants, il faut encore que, par des règles de procédure simples et faciles, elle permette aux réclamants de s'adresser facilement à elle.

Il n'en est pas malheureusement ainsi devant le Conseil d'Etat, en ce qui concerne les règles de procédure imposées pour l'exercice d'un recours de plein contentieux.

Ces règles se compliquent, en effet, d'un certain nombre d'exigences, qui n'ont plus aujourd'hui de valeur juridique ni logique, et ne sont que la survivance d'anciennes théories condamnées. Ces

règles sont en train de disparaître peu à peu; il est souhaitable que le Conseil d'Etat s'en débarrasse bientôt tout à fait, et ouvre aux fonctionnaires, bien larges les portes du prétoire, par une procédure simple et rapide.

Présentation de la requête. — Formes et délais exigés.

Pour saisir le Conseil d'Etat de sa demande en réparation ou en indemnité, le fonctionnaire devra déposer une requête au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat.

Cette requête devra contenir l'énoncé de tous les moyens invoqués par la partie et de toutes les pièces sur lesquelles elle veut s'appuyer; elle devra être formée dans les deux mois de la notification de la décision attaquée (art 24, loi du 13 avril 1900). Mais la fin de non-recevoir résultant de l'expiration des deux mois, ne peut être opposée que si l'acte incriminé a été notifié à l'intéressé, autrement celui-ci pourrait attaquer l'Etat pendant 5 ans, et le département et la commune pendant 30 ans (1).

---

(1) C'est ainsi que le Conseil d'Etat déclare recevable, 6 ans après sa révocation, le recours d'un employé communal : Brousse, 31 janvier 1908. « Considérant qu'il n'est justifié d'aucune notification de l'arrêté attaqué, faite par la commune d'Aumale au sieur Brousse, et qu'aucun des faits relevés par la commune dans la défense au pourvoi

Enfin, cette requête doit être présentée par le ministère d'un avocat du Conseil d'Etat qui est obligatoire. A défaut de ce ministère, la requête serait déclarée non recevable (Lazare, 3 juillet 1885). Par suite, un fonctionnaire ne peut, dans la même requête, intenter une action dispensée du ministère d'avocat et y joindre subsidiairement une demande d'indemnité pour laquelle ce ministère est obligatoire.

Si la demande d'indemnité est dirigée contre l'Etat, le fonctionnaire devra adresser sa demande au ministre compétent sur papier timbré, si le ministre lui refuse, ou lui accorde une indemnité insuffisante, il pourra s'adresser au Conseil d'Etat ; il en sera de même si le ministre ne répond pas et garde le silence pendant quatre mois ; mais dans ce cas le fonctionnaire devra observer les formalités prescrites par l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 : c'est-à-dire qu'il devra faire constater la date du dépôt de sa réclamation au ministre par un récépissé, car, à défaut d'une décision de refus du ministre, le récépissé devra, à peine de déchéance, être produit par le requérant à l'appui de son recours. Rappelons qu'à l'expiration du délai de quatre mois, si le requérant a la faculté d'intenter son action, il n'en a pas l'obligation, et il n'encourt aucune déchéance en n'intentant pas son recours dans le délai de deux

---

ne peut suppléer à l'accomplissement de cette formalité, qui, seule, aurait pu faire courir le délai du recours ».

mois, et tant que l'Administration garde le silence, le fonctionnaire peut, à toute époque, intenter son action devant le Conseil d'Etat (1)

Si l'action est intentée contre le département ou la commune, on peut se demander de quelle autorité devra émaner la décision de refus. Le Conseil d'Etat avait d'abord admis que ces décisions pouvaient indifféremment venir du préfet ou du Conseil général, du maire ou du Conseil municipal ; mais, en 1905, il a modifié sa jurisprudence en décidant que cette décision devait émaner exclusivement du Conseil général pour le département, du Conseil municipal pour la commune.

Le recours au Conseil d'Etat ne sera donc possible qu'après une délibération de ces Conseils refusant indemnité, ou après un silence gardé par eux pendant quatre mois. Dans ce cas, du moment que l'autorité administrative qui garde le silence est un corps délibérant, la loi du 17 juillet 1900 dispose que « les délais seront prorogés, s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. »

Le Conseil d'Etat a cependant apporté quelques atténuations à cette nécessité d'une décision préalable ; il considère comme une décision de rejet : la réponse du ministre dans ses observations sur le pourvoi, concluant au mal

---

(1) Sauf application des règles concernant la déchéance quinquennale.

fondé de la requête (1) ; ou la délibération d'un Conseil municipal autorisant son maire à défendre une action en indemnité intentée contre la commune (2). Il n'exige pas non plus que la décision de l'Administration se manifeste par un refus formel, il admet qu'une simple décision d'ajournement peut avoir le même effet. Il n'en subsiste pas moins que cette obligation imposée au requérant de justifier d'une décision préalable de l'Administration, est une règle qui ne se justifie plus depuis que le Conseil d'Etat est juge de premier et dernier ressort, d'autant plus que cette exigence n'existe que pour les actions intentées devant le Conseil d'Etat, elle n'est pas imposée devant les tribunaux judiciaires, ni devant les Conseils de préfecture.

Une autre exigence qui nous paraît aussi à tort imposée aux requérants, c'est la *nécessité de l'annulation de l'acte incriminé préalable à toute demande d'indemnité.*

Ainsi donc, le fonctionnaire devrait, avant de réclamer la réparation qui lui est due en raison

---

(1) Zukel, 21 avril 1893 ; Morton, 27 décembre 1891.

(2) Le Conseil d'Etat semble être revenu sur cette première jurisprudence dans un arrêt Vauriot (8 mars 1907), dans lequel il déclare que « la délibération par laquelle le Conseil municipal a autorisé le maire à défendre à la requête présentée par le sieur Vauriot, ne peut tenir lieu d'une délibération rejetant la demande, à laquelle il n'aurait pu être suppléé que par l'accomplissement des formalités prescrites par la loi du 17 juillet 1900. »

du préjudice que la mesure prise contre lui lui a causé, obtenir préalablement l'annulation de cette mesure pour excès de pouvoir. Nous supposons, bien entendu, que cette mesure est irrégulière, car si elle était régulière, elle ne pourrait produire aucun effet, et son annulation ne pourrait même pas être prononcée. Les fonctionnaires sont cependant suffisamment protégés depuis que le Conseil d'Etat leur accorde des indemnités pour des mesures régulières prisent contre eux, qui leur causent un préjudice certain.

A notre avis, le Conseil d'Etat, saisi d'une demande d'indemnité d'un fonctionnaire, à raison de l'irrégularité de la décision prise contre lui, devrait, dans la même instance, juger de la légalité de l'acte et accorder ensuite une indemnité, si cet acte était reconnu illégal. Il devrait convertir l'instance en excès de pouvoir, en instance en contentieux ordinaire. Ce serait là une mesure très favorable aux requérants, qui ferait gagner du temps en simplifiant la procédure.

Le système adopté par le Conseil d'Etat est donc regrettable; un certain progrès a cependant été déjà réalisé en cette matière, et s'il n'admet pas la jonction des conclusions, il semble vouloir admettre la jonction des requêtes, ce qui n'est pas tout à fait la même chose, car tandis que les conclusions sont des demandes faites par un même recours, les requêtes constituent, au contraire, des recours différents. Le Conseil d'Etat devait alors, faisant un pas de plus, admettre un requérant à

joindre deux requêtes présentées par lui, l'une en contentieux ordinaire, l'autre en excès de pouvoir. Il l'a admis en 1899, dans un arrêt Burgat (18 août 1899), à propos d'un fonctionnaire révoqué par un maire, et qui réclamait de ce chef une indemnité à la commune. Ayant ouvert l'instance par une requête en excès de pouvoir contre l'arrêté du maire, il introduisit une seconde requête contre la délibération du Conseil municipal qui lui avait refusé une indemnité, requête en contentieux ordinaire. Il avait d'ailleurs, dès le début, constitué avocat, ce qui facilitait la jonction des deux requêtes.

Le Conseil d'Etat a, dans un même arrêt, statué sur les deux requêtes : « Considérant que, dans ces circonstances, c'est sans droit que le requérant soutient que la mesure prise contre lui est irrégulière et qu'elle a pu engager la responsabilité pécuniaire de la commune.... »

Le Conseil d'Etat a donc d'abord jugé la question de la légalité, à laquelle il répond, et c'est comme conséquence de la régularité de la décision, qu'il refuse l'indemnité. Dans un autre arrêt (Depeige, 5 juillet 1902), nous trouvons la jonction de trois requêtes. Il s'agissait d'un directeur d'une école de dessin, dont on avait supprimé l'emploi, et auquel le Conseil municipal avait accordé une indemnité que le requérant jugeait insuffisante. Il demandait au Conseil d'Etat : 1° d'annuler l'arrêté du maire qui le révoquait ; 2° de lui accorder une indemnité plus considérable ; 3° de lui recon-

naître ses droits à pension. Celui-ci a jugé en excès de pouvoir, et y a joint les deux autres requêtes.

« Considérant que les trois requêtes ci-dessus visées sont connexes, et qu'il y a lieu de les joindre pour y être statué par une même décision... » Puis, il déclare l'acte du maire régulier, il refuse le droit à indemnité, mais reconnaît le droit à pension.

Il ressort de là que la jonction de deux ou trois requêtes est possible dans une même instance. Remarquons aussi que les requêtes en plein contentieux et en excès de pouvoir, sont dirigées contre des actes différents. Ainsi, dans l'arrêt Burgat: l'excès de pouvoir était dirigé contre l'arrêté du maire, la demande en indemnité contre la délibération du Conseil municipal, qui s'était prononcé avant de savoir si l'arrêté du maire serait annulé.

La question du délai ne se posait pas non plus, puisqu'il s'agissait d'une deuxième requête dirigée contre un acte distinct du premier.

Nous avions donc raison de dire que le résultat n'était pas identique à celui qu'il devrait être si le Conseil d'Etat abandonnait sa théorie de la décision administrative préalable; car, pour que la jonction des requêtes soit possible, il faut un ensemble de conditions bien difficiles à réaliser dans la pratique ; si, en effet, il n'y avait pas deux décisions successives, les deux requêtes ne pourraient être liées. Le fonctionnaire contre qui une mesure irrégulière aura été prise et qui voudra,

dans une même instance, la faire annuler, et obtenir, en conséquence, une indemnité, devra demander à l'administration de statuer sur les conséquences juridiques de l'acte annulable, avant que celui-ci ne soit annulé; ce sera donc pour lui un moyen peu pratique. L'administration de l'Etat ne se hasardera pas à statuer sur les conséquences pécuniaires d'un acte frappé d'un recours en annulation, avant la décision du Conseil d'Etat. Le fonctionnaire municipal pourra seul, semble-t-il, bénéficier de cet avantage.

Après avoir étudié les conditions imposées à un fonctionnaire pour exercer un recours de plein contentieux, nous devons nous demander, en terminant, quels seront les effets de ce recours quand il aura réussi, et quelles conséquences pratiques découleront de l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat. Ces conséquences ne sont pas aussi complètes qu'elles pourraient l'être, car le Conseil voit ses pouvoirs limités par ceux de l'Administration active. Les Tribunaux administratifs n'ont pas, en effet, vis-à-vis de l'Administration les pouvoirs qu'ont les Tribunaux judiciaires vis-à-vis des particuliers, pour lesquels les arrêts sont exécutoires ; ils n'ont pas comme eux la force publique à leur disposition pour faire exécuter leurs sentences. Il n'y a pas de voies d'exécution contre l'Etat, l'exécution des condamnations est toujours volontaire de sa part.

Il n'y a contre l'Administration qu'une contrainte toute morale, c'est la responsabilité politique des ministres devant les Chambres.

Pour déterminer l'étendue de ses pouvoirs, le Conseil d'Etat a établi une distinction suivant la nature de la réparation à laquelle a droit le requérant. Si c'est une somme d'argent qu'il réclame, indemnité proprement dite ou rappel de traitement, le Conseil d'Etat fixe lui-même le montant de l'indemnité, car il considère que c'est une œuvre toute judiciaire que celle d'apprécier la valeur du préjudice. Mais là s'arrêtent ses pouvoirs, et c'est à l'Administration qu'il appartiendra, en conséquence de l'arrêt, de liquider et de payer la somme allouée au requérant.

Quand le requérant, au contraire, réclame une prestation en nature, comme la réintégration, le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le droit d'ordonner la mesure, il se borne à indiquer minutieusement ce qui aurait dû être fait par l'autorité supérieure, et à annuler la décision par laquelle elle a refusé de déduire de l'arrêt d'annulation ses conséquences logiques.

Remarquons que, dans la pratique, les arrêts du Conseil d'Etat ont une grande influence de fait, et les administrateurs en exécutent les prescriptions. D'ailleurs la responsabilité ministérielle paraît suffisante pour empêcher les administrateurs de se refuser à exécuter les mesures prescrites par le juge.

LIVRE III

DES EFFETS PRODUITS SUR CES DIVERSES GARANTIES PAR LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION

CHAPITRE PREMIER

LES ASSOCIATIONS DE FONCTIONNAIRES — LES RECOURS QU'ELLES PEUVENT EXERCER

Nous venons d'étudier les diverses voies de recours qui sont ouvertes aux fonctionnaires, et qui, en l'absence d'un statut légal, et grâce à la jurisprudence bienveillante du Conseil d'Etat, leur permettent de se protéger contre les actes irréguliers.

C'est là une excellente garantie, mais qui malheureusement n'était pas suffisante, car, comme nous l'avons vu, ces recours ne peuvent être exercés que par le fonctionnaire lésé, et par lui seul. Or, dans l'état actuel de notre organisation politique, le fonctionnaire isolé, comme d'ailleurs le simple citoyen isolé, se trouve impuissant en face

de certaines forces qui menacent de l'écraser. Les fonctionnaires ne sont-ils pas, en bien des cas, arrêtés par la crainte des représailles de leurs chefs et le souci de leur carrière? N'est-ce pas aux associations professionnelles qu'il appartient essentiellement de défendre les intérêts corporatifs?

L'une des principales forces, en face de laquelle le fonctionnaire isolé se sentait impuissant, c'est l'intrusion de la politique dans l'Administration, c'est le régime du passe-droit et de la recommandation.

A éette force il faut opposer une force nouvelle pour rétablir l'équilibre détruit. Cette force, c'est l'association.

Le fonctionnaire a donc voulu s'associer. N'avait-il pas d'ailleurs, devant les yeux, l'exemple de la classe ouvrière, et de ses syndicats faisant triompher des revendications jusqu'alors repoussées, et obtenant du législateur des améliorations successives à son sort.

Mais, à l'inverse des ouvriers de l'industrie privée, aucun texte de loi n'accordait expressément aux fonctionnaires le droit de s'associer, et la question se posa de savoir si, devant le silence des textes, ce droit leur serait accordé, et s'il revêtirait la forme du droit au syndicat de la loi de 1884, ou celle du droit d'association de la loi de 1901.

C'est une question qui a donné lieu à de nombreuses controverses, mais qui paraît aujourd'hui

nettement résolue par beaucoup d'auteurs, et par la jurisprudence tant administrative que judiciaire.

Ce qui a retardé la solution du problème, et compliqué les choses, c'est que le droit associationnel chez nous s'est formé lentement et progressivement par des lois successives, et qu'aujourd'hui, quoique depuis 1901 le droit général d'association existe, on n'a pas supprimé les lois antérieures, et qu'on se trouve en face de régimes différents qui, comme ce fut le cas pour les fonctionnaires, paraissent s'appliquer aux mêmes individus.

Les idées d'association entre divers salariés de l'Etat, ne remontent qu'à la loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels.

Auparavant, il y avait les articles 126 et suivants du Code pénal, qui punissaient les coalitions entre fonctionnaires; ces articles ne furent d'ailleurs jamais appliqués, et ils ne concernaient que les fonctionnaires dépositaires de la puissance publique. Mais, même pour les fonctionnaires non visés, la liberté d'association n'existait pour personne et le délit de coalition était puni.

Mais cependant peu à peu, par tolérance de l'Administration, des groupements s'étaient formés dans diverses administrations, qui étaient des sociétés de secours mutuels administratives.

Puis, en 1864, le délit de coalition est abrogé. Enfin arrive la loi de 1884.

Le gouvernement commence d'abord par

refuser le droit au syndicat à tous les fonctionnaires. Les Tribunaux judiciaires, avec la Cour de Cassation, sont du même avis en 1885, en réservant strictement cette loi pour la seule défense des intérêts industriels, agricoles et commerciaux.

Mais le 22 mai 1894, à la suite d'un vif débat sur ce sujet, la Chambre des députés vote un ordre du jour déclarant que : « La Chambre, considérant que la loi de 1884, s'applique aux ouvriers et employés des exploitations de l'Etat ausi bien qu'à ceux des industries privées, invite le gouvernement à la respecter et à en faciliter l'exécution. »

De ce jour, les ministres laissent le droit de Syndicat aux ouvriers proprement dits de l'Etat (allumettiers, poudres et salpêtres).

Par contre, les agents ayant le caractère de fonctionnaires ou d'employés des administrations publiques se voient refuser ce droit.

Alors intervient la loi du 1er juillet 1901, qui ouvre largement à tous les citoyens le droit d'association.

De ce jour où tous les fonctionnaires, comme les autres citoyens, peuvent librement s'associer, la loi de 1884 et le droit au Syndicat ne paraissent plus présenter d'intérêt. Il semble qu'on n'ait plus, de ce jour, à s'occuper de cette loi.

C'est ce que déclare le gouvernement en 1903 dans des circulaires relatives aux cantonniers qui, dans beaucoup de départements, avaient

formé des syndicats professionnels, dont les procureurs généraux reçurent l'ordre de poursuivre la dissolution. Ces circulaires faisaient remarquer à juste titre que les cantonniers pouvaient former des associations de la loi de 1901, et que la forme privilégiée du syndicat de la loi de 1884, devait être réservée aux salariés de l'industrie privée et aux ouvriers qui servent l'Etat industriel.

Depuis lors, la politique du gouvernement est restée la même ; déclarée à plusieurs reprises, elle forme une véritable doctrine gouvernementale.

Comment se fait-il donc que les fonctionnaires, obtenant le droit de s'associer librement, aient encore la tentation de réclamer le bénéfice de la loi de 1884, en manifestant ainsi leur préférence pour une forme d'association plutôt que pour une autre. Cela provient, comme nous l'avons dit, de ce que ces droits d'association venus à des époques différentes, ont un régime légalement différent.

Nous ne nous attarderons pas ici à signaler les quelques avantages que présente la forme du syndicat sur celle de l'association ; ils ont été nettement indiqués dans le mémoire présenté au président du Conseil par la Fédération nationale des instituteurs et institutrices de France, au mois de mars 1907. Ils n'ont, en somme, qu'une importance secondaire, et ne sont, il faut l'avouer, qu'un faux prétexte . La véritable raison est d'ordre politique. Le droit aux syndi-

cats pour les fonctionnaires, c'est le droit à la grève, c'est le droit de s'affilier aux syndicats ouvriers, à la Confédération générale du Travail.

Si l'on se place sur ce terrain, qui est au fond le véritable, la solution à donner au problème apparaît très nettement ; il faut, pour éviter toute confusion, refuser aux fonctionnaires le droit au syndicat.

Dans sa lettre du 6 avril 1907, en réponse au mémoire de la Fédération nationale des Syndicats d'Instituteurs, M. Clémenceau disait: « Aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable, ni légitime... Vous êtes placés hors du droit commun des travailleurs des entreprises privées : c'est pourquoi la loi du 21 mars 1884, faite pour les salariés que menacent les variations dans les échanges économiques, ne peut ni ne doit s'appliquer à votre cas ». C'est cette même idée : différence entre la profession du fonctionnaire et celle du patron ou de l'ouvrier de l'industrie privée, qu'il reprenait dans sa lettre du 10 juin 1907 à la Commission, et qui est l'idée fondamentale de la théorie gouvernementale.

La thèse du gouvernement est d'ailleurs celle de nombreux auteurs, qui se refusent à reconnaître aux fonctionnaires le droit au syndicat (1). Il

---

(1) Voir un article de M. Fernand Faure dans la *Revue politique et parlementaire*, 1907.

semble bien d'ailleurs que si, à l'heure actuelle, l'on reconnaissait aux fonctionnaires le droit au syndicat, on semblerait par cela même justifier le droit de grève. Or, sans discuter le point de savoir si la grève est légitime ou illégitime, si les fonctionnaires ont ou non le droit de faire grève (les bornes de notre ouvrage ne nous permettent pas de faire une pareille étude), personne ne saurait nier le péril qu'une pareille grève ferait courir au pays, péril d'autant plus grand qu'il y a entre les services de l'Etat et ceux de l'industrie privée solidarité absolue. Les récentes grèves des postiers et des cheminots ont pu nous donner l'idée du désastre qu'entraînerait un arrêt dans les services publics. De pareilles grèves ont vite trouvé et trouveraient plus que jamais leur réprobation dans l'opinion publique.

Pour en revenir à notre idée première, il semble bien qu'à l'heure actuelle, dans l'esprit des fonctionnaires, le syndicat est un instrument de combat contre l'Etat, et l'action syndicaliste aboutit à donner pour but au syndicat, une besogne de luttes de classes et de combat social.

Les tribunaux judiciaires s'accordent aussi pour refuser le droit syndical aux fonctionnaires. C'est ainsi que le Tribunal correctionnel de la Seine déclare, dans un jugement du 8 juillet 1903 : « que la profession d'égoutier étant à Paris exclusivement relative à un service public d'hygiène..., ne permet pas à ceux qui l'exercent de constituer un syndicat en vertu de la loi du 21 mars 1884 ».

Le même tribunal, prononçant, le 29 juillet 1909, la dissolution du syndicat des agents des postes, télégraphes et téléphones, émet le même avis, mais d'une façon plus explicite encore, en déclarant que la loi de 1884 n'a pas été faite pour les fonctionnaires, que cette loi entraîne le droit de grève, éventualité impossible à admettre dans les services publics, et qu'aucune assimilation ne peut être faite entre l'Etat patron et le patron ordinaire qui ne « recherche dans son commerce ou son industrie que son intérêt personnel ».

Par contre, presque tout le monde s'accorde aujourd'hui pour reconnaître aux fonctionnaires le droit d'association selon la loi de 1901, avec le caractère professionnel. Certains auteurs sont cependant d'avis contraire, et veulent refuser aux fonctionnaires même le droit d'association. Leur opinion est dominée surtout par des questions d'opportunité, et notamment par la crainte des dangers que les associations de fonctionnaires peuvent faire courir aux services publics.

Nous avons vu que l'avis bien établi du gouvernement était de reconnaître aux fonctionnaires le droit d'association. La plupart des auteurs sont du même avis.

Enfin, c'est la solution qui a été admise par le Conseil d'Etat d'une façon très nette dans son arrêt du 11 décembre 1908, après les remarquables conclusions du commissaire du gouvernement, M. Tardieu. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité d'un recours formé par une asso-

ciation professionnelle de fonctionnaires, ce qui était admettre implicitement la validité de cette association. « La loi de 1901, disait M. Tardieu, dans ses conclusions, ne fait aucune distinction, elle est ouverte à tous. Il ne nous paraît donc pas possible de contester la légalité de l'association requérante qui a été constituée conformément aux prescriptions de la loi du 1er juillet 1901. »

Cet arrêt est très important, car c'est la première fois que le Conseil d'Etat a reconnu expressément à une association de fonctionnaires le droit d'intenter le recours pour excès de pouvoir dans un intérêt professionnel.

L'Association professionnelle des Employés civils de l'Administration centrale du Ministère des Colonies a déféré au Conseil d'Etat un arrêté du Ministre des colonies qui nommait un rédacteur à l'Administration centrale de ce ministère. Le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du recours en déclarant cette association « fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du Ministre des colonies ».

Cette décision est d'autant plus intéressante que les associations entre fonctionnaires se sont bien développées durant ces dernières années. C'est ainsi que l'on relève au *Journal Officiel*, du 1er juillet 1901 au 1er décembre 1907, 515 déclarations faites par de telles associations, et la progression va en augmentant chaque année.

M. le commissaire du gouvernement Tardieu avait, dans ses longues et remarquables conclusions, montré que la recevabilité des recours

devait être admise, et cela pour deux raisons : la première, c'est que la loi de 1901 ne s'oppose pas à ce que les fonctionnaires forment entre eux des associations ayant un caractère professionnel.

La deuxième, c'est qu'il n'y a pas à craindre que ces associations apportent l'anarchie dans l'administration, puisque le gouvernement lui-même, principal intéressé en la matière, leur fait un bon accueil.

L'avis du gouvernement a joué un grand rôle auprès du Conseil d'Etat. Et il est curieux de remarquer comment le commissaire du gouvernement est revenu plusieurs fois sur ce point au cours de ses conclusions.

M. Tardieu a retracé longuement l'histoire de l'attitude du gouvernement vis-à-vis des associations de fonctionnaires. Il a rapporté plusieurs circulaires des ministres admettant les fonctionnaires à bénéficier de la loi de 1901.

Il constate que, dans l'espèce, le ministre n'a opposé à l'association aucune fin de non-recevoir tirée de son défaut de qualité et que l'association prend acte de cette reconnaissance implicite de son droit ; que l'association a été constituée conformément aux prescriptions de la loi de 1901, et « cela avec l'assentiment du ministre, puisqu'elle a son siège social au Pavillon de Flore. »

M. Tardieu fait encore remarquer que, dans le projet de loi relatif aux associations de fonctionnaires, déposé au nom du gouvernement en

mars 1907, l'article 3 reconnaît à ces associations le droit de poursuivre devant la juridiction compétente l'annulation des mesures prises contrairement aux dispositions législatives et règlementaires.

S'appuyant sur ces diverses manifestations favorables aux fonctionnaires de la part du gouvernement, le commissaire du gouvernement concluait en ces termes : « Nous vous proposerons donc, conformément à l'avis implicite du ministre, de reconnaître qualité à l'association requérante, en examinant au fond son pourvoi. »

Nous ne nous trouvons donc pas en face d'un arrêt d'espèce, mais au contraire d'une décision fortement et définitivement établie, à laquelle le Conseil d'Etat a longtemps réfléchi et qu'il n'a prononcée nettement qu'après l'avoir admise implicitement dans ses arrêts.

Cet arrêt est donc destiné à entraîner les plus heureuses conséquences.

Jusqu'à l'arrêt de 1908, le Conseil d'Etat exigeait que le fonctionnaire, voulant intenter un recours, fasse la preuve d'un intérêt lésé ; et notamment en cas de mesure disciplinaire, seul le fonctionnaire frappé pouvait se plaindre. On comprend quels graves inconvénients cette exigence jurisprudentielle pouvait avoir vis-à-vis du fonctionnaire isolé.

Le professeur Jèze, étudiant cette question en 1904, signalait les dangers de cette situation et le remède qu'il était possible d'y apporter : « On

pourrait soutenir disait-il, que le fonctionnaire non touché a un intérêt direct et personnel à faire apprécier par le Conseil d'Etat la légalité d'une mesure qui demain peut être prise contre lui. Le plus souvent le fonctionnaire touché par la décision illégale se plaindra ; que, si l'on craint que sa timidité ou une pression extérieure l'en empêchent, et si l'on estime qu'il y a lieu d'assurer plus largement encore le contrôle des décisions disciplinaires de révocation, il faut modifier non la jurisprudence, mais les habitudes professionnelles.

« Il suffirait de laisser organiser, voire même d'encourager les amicales de fonctionnaires appartenant à un même ordre de fonctions. Le Comité de l'Amicale serait consulté par l'agent frappé sur la légalité de la décision qui l'atteint. Soutenu moralement et conseillé juridiquement par ses camarades, la victime de l'acte arbitraire aurait le courage d'attaquer l'acte irrégulier. Il y a là une organisation de nature à faire reculer les politiciens. La crainte du Conseil d'Etat et la certitude de l'annulation serait pour eux le commencement de la sagesse. » (1)

Le vœu exprimé par M. Jèze s'est réalisé et a

---

(1) *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1904, p. 780 et suivantes : « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics. »

été consacré par l'arrêt de 1908, dans lequel le Conseil d'Etat a décidé qu' « une Association de fonctionnaires constituée conformément à la loi de 1901, est recevable à déférer pour excès de pouvoir une nomination faite en violation des réglements organiques qui garantissent l'état de ces fonctionnaires. »

Sans doute, une association ne pourrait point, sans un mandat formel, exercer les actions individuelles de ses membres et, par exemple, attaquer une mesure disciplinaire qui viserait exclusivement l'un d'entre eux, car elle substituerait ainsi sa propre appréciation à celle du fonctionnaire lésé. Mais par contre « l'association, dorénavant, est absolument recevable à exercer les actions ayant un intérêt professionnel collectif et à attaquer l'acte lésant les intérêts que l'association a pour but de défendre. » C'est le droit corporatif que le Conseil d'Etat en est venu ainsi à proclamer. Il a définitivement sanctionné l'existence des associations professionnelles de fonctionnaires et la légitimité de leur action.

C'est donc une innovation capitale qui vient d'être réalisée par la jurisprudence, et qui sera d'un appui précieux pour les fonctionnaires dans leur lutte contre l'arbitraire.

Avant de terminer cette étude, nous devons dire quelques mots des fonctionnaires dans leurs rapports avec le public.

On n'a sans doute pas oublié les attaques lancées par l'Episcopat français non seulement contre l'enseignement public, mais encore contre la personnalité de ses maîtres. Certains évêques, tel celui du Mans, avaient eu recours à des « communiqués », lus en chaire par tous les desservants du diocèse ; d'autres, ceux de Nancy et de Rodez, à des brochures. Les uns comme les autres recommandaient aux pères de famille de surveiller les manuels, d'exiger le retrait de ceux qui attentaient au respect de la religion et aux principes de la saine morale, de poursuivre les instituteurs, de retirer les enfants de la classe. Il y eut même en Seine-et-Oise de véritables grèves d'écoliers. Ces actes isolés parurent encore insuffisants. Les cardinaux, archevêques et évêques de France se concertèrent pour la rédaction d'un manifeste collectif contre l'école et les instituteurs laïques, qui vit le jour le 14 septembre 1909. Tout un service public, une corporation entière de fonctionnaires étaient ainsi soumis à la plus véhémente critique.

Qu'allait-on faire ? N'était-il pas légitime et désirable que les instituteurs puissent se défendre contre ces attaques imméritées et se disculper des fautes qu'on leur imputait ? Leurs associations corporatives revendiquaient hautement ce droit. Elles proclamaient que leurs membres n'aspiraient pas seulement aux avantages matériels de la carrière, à la sécurité, à l'indépendance pécuniaire ; mais qu'ils réclamaient aussi l'esti-

me publique. Si cette considération est nécessaire aux agents, elle n'est pas moins indispensable à la fonction ; car elle en rehausse la dignité et en assure un meilleur exercice.

Les maîtres d'école, en présence de ce manifeste, eussent pu se résigner à attendre la mise à exécution de ces menaces et le dépôt de plaintes individuelles. L'Etat eut été en droit de se considérer comme directement atteint et de poursuivre en son nom propre les auteurs du libellé. On se résolut à une troisième alternative.

Ce furent les groupements corporatifs d'instituteurs qui assignèrent les évêques en diffamation. Contre l'archevêque de Reims, les évêques de Nancy, d'Arras, de Grenoble, de Montauban, de Bayonne, de Mende, de Cahors, l'Amicale de chaque département engagea les poursuites. La Fédération nationale des instituteurs intervint aux procès. Ces deux groupements actionnèrent chaque évêque en paiement de 5.000 francs de dommages-intérêts, qu'ils s'engagèrent à verser aux caisses des Ecoles du département, estimant que « le manifeste contenait contre le corps des instituteurs laïques, sous une forme directe ou oblique, une série d'allégations d'un caractère général, parmi lesquelles celles d'être pour les enfants un péril prochain de perversion morale, de ne pas pratiquer la morale avant de l'enseigner, de donner un enseignement contraire aux bonnes mœurs et au bien social, d'être l'une des principales causes du mal qui atteint à la fois la

famille, la morale et le patriotisme ; que ces allégations portaient au corps des instituteurs en général, et notamment à celui des instituteurs du département, un préjudice à la fois matériel et moral ; qu'elles portaient atteinte au crédit et au prestige que doit posséder chaque instituteur au regard des enfants qui lui sont confiés et des parents de ces enfants... »

La première instance jugée fut celle de Reims. Le Tribunal, dans un jugement longuement motivé, proclama, en dépit de l'exception formellement opposée par le cardinal-archevêque, la recevabilité des requêtes de l'Amicale et de la Fédération et estima qu'elles auraient qualité pour représenter le corps des instituteurs. Il décida, en outre, que « la corporation était atteinte dans ses intérêts professionnels, et était fondée à demander réparation de ce préjudice. Il alloua en conséquence 500 francs de dommages-intérêts à la Fédération des Amicales et à l'Amicale de la Marne. (1)

Le Tribunal de Nancy, au contraire, conformément aux conclusions du Procureur de la République, estima que « les associations n'ont pas qualité pour ester en justice au profit des intérêts individuels de leurs membres. » Tous les instituteurs qui s'estimaient lésés devaient donc individuellement actionner les auteurs du

---

(1) Jugement du 25 février 1910. — Dans le même sens, Tribunal d'Arras, 25 mai 1910.

dommage. Il considéra, d'autre part, que « dans l'état actuel de la législation et de l'organisation administrative, il n'appartient qu'aux pouvoirs publics d'assurer la direction et la défense des services publics et notamment la dignité et le libre exercice des fonctions. » Il est vrai que, dans le même jugement, il reconnaissait l'existence d'un « préjudice corporatif, toutes les fois qu'il est porté atteinte à la profession elle-même, aux intérêts généraux qui y sont inhérents, et qu'en outre il se répercute directement sur la collectivité entière. » Mais il rejetait l'action de l'Amicale comme irrecevable. (2)

La contradiction même de ces décisions judiciaires, l'opposition des commentaires qu'elles ont provoqués réflètent un désarroi profond. Des fonctionnaires prenant en mains leur propre défense ! Des associations professionnelles s'organisant pour la soutenir devant les Tribunaux ! Des agents d'un service public se souciant du respect de leur dignité et de celle de la fonction qu'ils exercent, réclamant réparation du préjudice porté à leur crédit ! Les mœurs administratives ne sont-elles point changées ? Cette situation, estimée « incompatible avec le droit positif actuellement en vigueur » et procédant de la conception utopique de « l'autonomie absolue

---

(2) Jugement du 18 mars 1910. — Dans le même sens, Tribunal de Laval, 30 juin 1910.

des services publics » (1) — la voici jugée par des Tribunaux français, légale et présentement régulière. (2)

Comment ne pas être frappé, dès lors, du travail profond qui depuis une dizaine d'années se fait dans la jurisprudence, en France ? Comment méconnaître l'impulsion qu'en reçoivent et l'évolution de l'administration dont tous les progrès sont confirmés parfois même préparés par la justice et le mouvement général des fonctionnaires dont les efforts trouvent auprès d'elle des encouragements et des appuis ?

---

(1) Jugement du Tribunal de Nancy.

(2) Jugement du Tribunal de Reims. Ce dernier jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 4 janvier 1911, qui décrète que « les imputations relevées ont été de nature à nuire actuellement à la considération et à la réputation des deux associations, et à porter directement atteinte aux intérêts moraux de l'enseignement dont elles veulent légalement défendre la bonne renommée. »

CHAPITRE II

DES PROJETS TENDANT A GÉNÉRALISER LES GARANTIES LÉGALES PAR LE VOTE D'UN STATUT DES FONCTIONNAIRES

Après avoir montré le rôle merveilleux joué par notre Conseil d'Etat sous la République, qui pour dégager les règles applicables à la fonction publique, a su tenir la balance égale entre l'intérêt général, l'intérêt du service public, représenté par l'Administration, et l'intérêt personnel du fonctionnaire et a su maintenir l'un et l'autre dans la légalité, nous devons maintenant arriver à un moyen sur lequel le gouvernement, le Parlement, l'opinion publique et aussi les intéressés fondent le plus grand espoir : *le vote d'un statut légal* pour tous les fonctionnaires.

C'est-à-dire le vote d'un texte général concernant tous les fonctionnaires publics, et dans lequel seront clairement énumérés les droits et les devoirs de ceux-ci. Droits en vertu desquels ils auront la faculté de s'associer et d'obtenir toutes les garanties contre l'arbitraire. Devoirs en vertu desquels ils devront, par contre, assurer

par leur travail la régularité du service public qui leur est confié, en s'interdisant le droit de grève.

Cette idée d'accorder aux fonctionnaires la garantie d'un statut légal n'est pas une idée nouvelle en France. Des propositions d'origine parlementaire avaient déjà été faites autrefois sur ce point.

Mais c'est surtout durant ces toutes dernières années que la question s'est posée d'une façon beaucoup plus impérieuse.

A la suite des grèves dans les arsenaux et le service des Postes dans l'année 1905, et aussi à la suite du désir manifesté par de nombreux fonctionnaires de former des syndicats selon la loi de 1884, un décret en date du 21 mars 1906 avait constitué au ministère de la Justice une commission spéciale composée de membres du Conseil d'Etat et des hauts fonctionnaires de l'Administration centrale, chargée d'élaborer un projet de loi tendant à accorder aux associations de fonctionnaires certains droits conférés par la loi de 1884 aux syndicats professionnels.

Cette commission élaborait, quelque temps après, un avant-projet de douze articles.

D'autre part, le ministère Clémenceau, dans la déclaration lue aux Chambres le 5 novembre 1906, s'occupait de la même question :

« Le gouvernement vous soumettra, pour régler le statut des fonctionnaires, un projet de

loi qui, en leur assurant la liberté de l'association professionnelle et en les garantissant contre l'arbitraire, les maintiendra dans l'accomplissement de leurs devoirs envers l'Etat responsable des services publics. »

En conséquence de cette promesse, et en s'inspirant de l'avant-projet rédigé par la commission extra-parlementaire, le gouvernement déposait un projet sur les bureaux de la Chambre, le 11 mars 1907, intitulé *Projet de loi sur les Associations de fonctionnaires.*

Le projet commençait par donner une définition des fonctionnaires appelés à bénéficier des dispositions nouvelles : « sont considérés comme fonctionnaires pour l'application de la présente loi, tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents ou de sous-agents, font partie des cadres permanents organisés pour assurer le fonctionnement d'un service public civil régi par l'Etat. »

La définition était donc très générale et ne faisait aucune distinction entre les divers agents, elle n'excluait que les ouvriers engagés temporairement. Mais le statut ne devait s'appliquer qu'aux agents de l'Etat, on se réservait la faculté de l'étendre plus tard aux fonctionnaires des départements et des communes.

Quelles étaient donc les garanties qu'on se proposait d'accorder aux fonctionnaires de l'Etat ?

Le projet leur reconnaît d'abord le droit de

s'associer librement pour la défense de leurs intérêts professionnels. Les associations peuvent présenter des vœux à l'Administration et ester en justice, notamment faire annuler par le Conseil d'Etat les mesures prises en violation de leurs droits.

Par contre, le projet soumet les fonctionnaires à certains devoirs : c'est l'interdiction de la grève : « Celui qui, sans excuse légitime, simultanément avec d'autres et après une injonction à lui adressée, aura refusé sa coopération au service public auquel il est attaché, sera révoqué de sa fonction, sans préjudice des sanctions pénales. »

Le projet édictait aussi des peines sévères contre la provocation à la grève émanant de fonctionnaires.

Mais contrairement à son exposé des motifs, le projet ne contenait aucune des dispositions promises aux fonctionnaires en compensation des restrictions à leurs droits qu'on édictait, dispositions qui auraient pour but de les défendre contre l'arbitraire et le favoristime, et de leur assurer des règles précises de recrutement, d'avancement et de discipline. Ce fut là une grande déception pour les intéressés.

Ce projet, modifié dans sa rédaction les 25 mai et 10 juin 1907, fut renvoyé par le gouvernement à la commission d'administration générale de la Chambre où il fut remanié et fit l'objet d'un rapport détaillé de M. Jeanneney, déposé le

11 juillet 1907 (1) et plus tard de M. Chaigne, le 2 avril 1909. (2)

La commission de la Chambre insista auprès du gouvernement pour insérer dans le projet un article disposant que « des décrets régleraient dans chaque département ministériel, au point de vue de leur recrutement, de leur avancement et de leur discipline, le statut des fonctionnaires. »

Le gouvernement s'était contenté de rendre, au courant de l'année 1907, un grand nombre de décrets qui accordaient à certains fonctionnaires des garanties contre l'arbitraire.

Mais les garanties d'ordre réglementaire avaient paru à la commission comme devant créer des inégalités entre les divers fonctionnaires, et aussi comme beaucoup trop instables. Elle rappelait, avec raison, que les décrets rendus dans les administrations centrales en vertu de la loi de 1882, avaient été constamment modifiés, et que leur nombre s'était élevé au chiffre respectable de 120, de 1882 à 1907.

Sur les instances de la commission, le gouvernement déposa alors un deuxième projet le 25 décembre 1907, élaboré par le Conseil d'Etat, relatif « au statut des fonctionnaires. » Sa principale innovation était de créer dans chaque administration des conseils composés de membres désignés, d'après des règles qui devaient être

---

(1) *Journal Officiel*, annexe n° 1213, p. 507.

(2) *Journal Officiel*, annexe n° 2451, p. 474.

déterminées par des règlements d'administration publique. La révocation ne pouvait être prononcée qu'après une décision motivée et après avis des conseils, auxquels devaient être adjoints deux fonctionnaires du grade de l'inculpé. Le fonctionnaire pouvait être entendu dans ses moyens de défense, et se faire représenter.

Mais ce texte avait aussi le tort de laisser une trop grande part aux règlements d'administration publique, et il devait amener une trop grande différence entre les divers agents.

Ce texte a servi de base à deux propositions d'origine parlementaire :

Une proposition de M. l'abbé Lemire, du 31 mai 1907 (1), et l'autre de M. Buisson, déposée le 30 janvier 1908. (2)

S'inspirant de ces propositions et du projet du gouvernement, la commission d'administration rédige un nouveau texte, après un rapport de M. Chaigne en date du 20 novembre 1908. (3)

Ce texte prévoit des conseils d'administration composés par moitité de membres de droit, et par moitié de membres élus. Ces conseils, placés auprès des chefs, devaient les aider de leur avis et ils devaient être consultés sur tout ce qui touche à la gestion du service.

---

(1) *Journal Officiel*, 1907 annexes, n° 1009.

(2) *Journal Officiel*, annexes, n° 1482.

(3) *Journal Officiel*, annexes, n° 2450, séance du 2 avril 1909.

Etaient ensuite réglés l'entrée dans les services, l'avancement, les permutations, la discipline, la cessation de fonctions, les réclamations et recours contentieux. L'admission dans les fonctions publiques s'opère de préférence par la voie du concours. Sur la liste des candidats, l'autorité compétente se réserve seulement le droit de rayer les noms de tous ceux qui n'offrent pas des garanties de loyalisme républicain. Un stage rémunéré est en tout cas obligatoire.

L'avancement comporte des règles fixes : aucune promotion de grade n'a lieu sans un minimum d'ancienneté ; mais par le choix on peut bénéficier de majorations, qui doivent toujours être justifiées par des motifs précis, rendus publics. Les avancements de classe se font par augmentations périodiques. Toutes recommandations sont prohibées, sous des peines graves.

Le projet institue de véritables juridictions disciplinaires, indépendantes. C'est au Conseil d'administration qu'il appartient de prononcer les peines les plus élevées. L'appel peut être porté devant une Cour de discipline composée de deux sénateurs, deux députés, deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de Cassation, élus par leurs collègues. Les décisions de ces deux juridictions sont entourées de toutes les garanties, et soumises à toutes les formalités des jugements de tribunaux.

En cas de grève, le ministre est investi d'un droit exceptionnel : celui de prononcer lui-même

la suspension ou la révocation immédiate des délinquants.

Toutes les réclamations des fonctionnaires doivent recevoir une réponse, qui peut faire l'objet d'un recours auprès du Conseil d'administration. C'est sur l'avis de ce dernier, l'intéressé entendu, que l'autorité compétente prend une décision définitive, qui doit être motivée.

En résumé, la Commission avait entendu instituer pour les fonctionnaires publics « tout un réseau de garanties stables, ne relevant pas de la volonté d'un ministre ou de tout autre chef hiérarchique, qui les mettraient à l'abri de la faveur et de l'arbitraire. » Cet essai d'organisation légale marquait les progrès de la réforme, puisqu'il réalisait un certain nombre de vœux exprimés par les groupements corporatifs de fonctionnaires.

Ce projet est communiqué au gouvernement pour qu'il prenne l'avis des divers départements ministériels. Ces avis sont longtemps attendus ; enfin, le 11 février 1909, une note communiquée aux journaux fait savoir que le gouvernement se propose de compléter son projet sur les Associations de fonctionnaires du 11 mars 1907, par des dispositions concernant le statut.

Puis la double grève des Postes survenant, redonne à la question des fonctionnaires une trop importante réalité, et le gouvernement, le 25 mai 1909, retirant son projet du 11 mars 1907, se décide à son tour à déposer un nouveau projet

s'appliquant à la fois « au statut et au droit d'association des fonctionnaires. »

Dans le nouveau texte que le gouvernement substituait ainsi à ses propositions précédentes, il faisait d'importantes concessions : l'accession aux fonctions publiques s'y trouve admise aux mêmes conditions que dans le projet de la commission ; mais on a soin de ménager une soupape de sûreté en réservant des nominations exceptionnelles. Le stage d'autre part n'est plus obligatoire. Pour l'avancement, le système des majorations est abandonné ; le choix est opéré sans formalités, ni contrôle ; et lorsque le tableau est arrêté, les désignations peuvent être faites par le ministre, indistinctement, sans ordre de priorité parmi tous les noms qui y sont portés. Les Conseils de discipline ne jouent plus qu'un rôle consultatif pour un certain nombre de peines graves : le déplacement d'office, la rétrogradation ; ils n'ont de pouvoir de décision que pour prononcer la mise en disponibilité d'office ou la révocation. Le Conseil supérieur de discipline n'est plus élu par les corps constitués de l'Etat ; ses membres en sont désignés par le Conseil des ministres. Plus de conseils d'administration, plus de recours hiérarchiques réglementés. Pour les associations, un régime spécial et distinct au lieu du droit commun.

Ces dispositions sans doute étaient loin d'être aussi libérales que celles de la commission : elles octroyaient aux fonctionnaires quelques garan-

ties ; elles ne transformaient ni leur rôle, ni leur carrière. Elles constituaient un compromis. Mais en les comparant avec celles de 1907, on pouvait cependant mesurer tout le chemin parcouru.

La commission dut reprendre ses délibérations. Malgré l'opposition gouvernementale, elle maintint ses propositions primitives. Elle se borna à les amender sur un seul point, en acceptant de laisser au Conseil des ministres la faculté de passer outre, par décret motivé, à la décision du Conseil supérieur de discipline. Son texte définitif fut déposé sur le bureau de la Chambre, le 19 juin.

Dix jours après, le groupe socialiste unifié présentait un contre-projet qui sanctionnait le droit au syndicat absolu : fixation du service public par voie de contrat collectif ; arbitrage obligatoire en cas de conflit ; participation étroite des fonctionnaires à la discipline et à la gestion du service, telles en étaient les grandes lignes.

Le 1er juillet 1910, un projet a été déposé par M. Briand, alors président du Conseil « sur le statut et le droit d'association des fonctionnaires » ; il est la reproduction presque intégrale de celui qu'avait rédigé le précédent Cabinet.

Tous ces projets décèlent, à ne s'y point méprendre, un état d'esprit nouveau. Le Parlement, il est vrai, n'a pas encore sanctionné définitivement les transformations des institutions et des mœurs administratives. Mais, désormais, il paraît acquiescer à la plupart d'entre elles. Le

gouvernement, autrefois hostile, proclame la nécessité de la réforme. Il est vrai que ce ne sont là encore que des promesses, mais il semble bien qu'elles constituent comme une consécration officielle de l'évolution qui s'accomplit.

CONCLUSION

Au cours des développements qui précèdent, on a pu voir combien a été fécond ce travail de la jurisprudence du Conseil d'Etat et tout le prix qu'il faut y attacher. L'incontestable supériorité du droit public et de la juridiction administrative qui l'applique, est de pouvoir s'adapter aux réalités sociales. Et cependant, il semble bien que les fonctionnaires ne se sentent pas suffisamment protégés par cette jurisprudence bienveillante. Bien que nous ne pensions pas que le Conseil d'Etat ait dit son dernier mot en cette matière de la protection des fonctionnaires, nous avons vu qu'à un moment donné il était impuissant à les protéger. Il ne faut pas, en effet, oublier qu'il n'est après tout qu'un juge et qu'il ne peut s'ériger ni en administrateur ni en législateur.

Le vote d'un statut légal pour tous les fonctionnaires nous paraît donc nécessaire. Les intéressés le réclament depuis très longtemps, et tout nous porte à croire que le législateur va enfin leur donner satisfaction.

Ce n'est pas sans luttes parfois douloureuses pour la nation tout entière, que le Droit aura vu aussi dans ce domaine particulier naître enfin son aurore. Nulle part peut-être mieux qu'en ce terrain spécial, ne se seront vérifiées les paroles du jurisconsulte Iéhring sur la nécessité du combat continu et incessant pour la venue et l'établissement du Droit.

On a pu dire, en effet, avec une grande force de vérité, que l'atteinte portée aux droits déjà existant dans la personne d'un seul citoyen, était en même temps portée à ceux de tous les autres, car l'ensemble des droits acquis, même individuels, dans un état social où la solidarité est poussée très loin, est véritablement un patrimoine collectif, qui ne peut subir une diminution en la personne d'un de ses bénéficiaires sans que tout le groupe s'en ressente. Mais il est également juste de dire, et pour les mêmes raisons, que l'avènement d'un état de droit nouveau, même quand il ne semble intéresser qu'une seule catégorie de citoyens, ne saurait laisser indifférentes les autres catégories à cause de la répercussion sociale certaine, proche ou lointaine, dont il sera cause à l'égard de tous.

Il ne faut pas se lasser de mettre cette idée en relief. Porter atteinte au Droit, entraver la venue bienfaisante du Droit, c'est tout un, et c'est aussi impolitique au sens inital et profond du mot. Bien plus : ne pas aider de toutes ses forces à l'avènement du Droit, même quand le Droit qui cherche

à surgir ne doit profiter en apparence qu'à d'autres catégories de citoyens, c'est infiniment maladroit d'abord, périlleux ensuite. L'histoire tout entière de la civilisation progressive et pacifique peut tenir dans ces quelques mots : substitution lente des états de droit aux états de fait, des luttes juridiques aux luttes violentes. Or, qu'on ne s'y trompe pas : un foyer permanent de dissensions sur un point quelconque du territoire, dans un coin quelconque de l'organisation civile, publique ou sociale d'un pays, est un danger non seulement pour ceux qui sont tout près de la flamme du foyer, mais encore pour tous les autres citoyens. Quand le feu est à un étage, il y a grand risque pour toute la maison.

Une solution s'impose donc à bref délai, car s'il est bon de ne pas opérer une telle réforme trop tôt, il faut prendre garde aussi de ne pas la faire trop tard. Des retards regrettables pourraient entretenir, parmi les fonctionnaires, cette conviction que c'est par la révolte et la violence seules qu'on arrive à obtenir des pouvoirs publics des réformes que le bon sens et la justice n'auraient pas suffi à faire aboutir. Il ne faut pas que les fonctionnaires puissent croire un seul instant que ce n'est que par l'association et la grève qu'ils pourront faire aboutir les réformes libérales qu'ils réclament depuis si longtemps.

Ne soyons pas cependant trop optimistes et ne croyons pas qu'on va réussir du premier coup une œuvre parfaite. Dans une matière aussi difficile

que l'élaboration d'une charte des fonctionnaires, comme dans d'autres analogues, nous avons la preuve que le premier texte élaboré n'est jamais parfait, et que ce n'est qu'au fonctionnement, que les erreurs commises se révèlent. Il faudra donc s'attendre à des retouches législatives ultérieures.

L'une des plus grandes difficultés que rencontrera la création de ce statut sera de fermer la porte à l'arbitraire, tout en assurant la sélection si l'on ne veut pas voir régner la médiocratie, qui est la pire ennemie de notre démocratie.

Quelles que soient ces difficultés, la question du fonctionnarisme ne sera résolue que du jour où sera créé un statut qui, tout en assurant la bonne marche des institutions publiques, saura donner aux fonctionnaires toutes les garanties désirables pour la sauvegarde de leurs intérêts professionnels, sans ces fissures qu'il est trop facile d'agrandir pour y voir accourir en foule tous les abus et tous les vices administratifs que l'on avait cru chasser.

Montpellier, le 20 décembre 1912.
Vu : Pour le Doyen,
L'assesseur,
BRÉMOND.

Montpellier, le 20 décembre 1912.
Vu : le Président de la Thèse,
J. BARTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 23 décembre 1912.
le Recteur,
Ant. BENOIST.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION.....

La situation des fonctionnaires : l'ancienne conception de la fonction publique..... 5

LIVRE PREMIER

LES DONNÉES JURIDIQUES DE LA QUESTION

CHAPITRE PREMIER. — Introduction à l'étude du statut en jurisprudence..... 11

CHAPITRE II. — Les fonctionnaires qui ont un statut en France..... 14

LIVRE II

LES GARANTIES D'ORDRE JURISPRUDENTIEL

CHAPITRE PREMIER. — Les diverses voies de recours ouvertes au fonctionnaire qui a à se plaindre d'une mesure illégale prise contre lui. 41

CHAPITRE II. — Du recours en annulation. (Le recours pour excès de pouvoir)..... 50

Pages

CHAPITRE III. — La garantie générale applicable à tous les fonctionnaires. La communication du dossier (art. 65 de la loi du 22 avril 1905).... 101

CHAPITRE IV. — Du recours en réparation. Le recours de plein contentieux..... 173

LIVRE III

DES EFFETS PRODUITS SUR CES DIVERSES GARANTIES PAR LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION

CHAPITRE PREMIER. — Les associations de fonctionnaires. Les recours qu'elles peuvent exercer. 215

CHAPITRE II. — Des projets tendant à généraliser les garanties légales par le vote d'un statut des fonctionnaires..... 233

Conclusion..... 245